

CAPÍTULO I.

PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.

DERECHOS EN TENSION

1.1. PLANTEAMIENTO

1.1.1 Tres casos para reflexionar

1.1.1.1. *Caso primero: el seguimiento del sumario secreto a través de la prensa*

Yves, ciudadano francés residente en un municipio español, está siendo investigado, junto con otras muchas personas, por un Juzgado de Instrucción español por la supuesta comisión de una serie de delitos (entre ellos, malversación de caudales públicos y cohecho). El Juez de Instrucción, con ocasión de la incoación de diligencias previas, decretó el secreto de las actuaciones, habiendo acordado prórrogas cada treinta días durante al menos cuatro años.

Desde el inicio de la instrucción, que alcanzó su punto álgido con la detención televisada e ingreso en prisión preventiva de Yves y otros sospechosos, los abogados de los investigados vinieron informándose de los avatares de la investigación merced a los medios de comunicación y muy especialmente a un periódico local. Algún abogado llegó a abrirse cuenta de *Twitter* y otros crearon alertas de *Google* para estar al día de lo que ocurría durante la fase de instrucción. Otros, directamente, intensificaron

sus relaciones con los periodistas. Los medios de comunicación daban detallada cuenta de la práctica de diligencias de investigación secretas, revelando el contenido de diversas declaraciones testificales, enfatizando la incriminación de algunos investigados; advertían de la elaboración de informes policiales y de su contenido, incluso con anterioridad a su incorporación a la causa; informaban sobre las vicisitudes de las piezas de situación de los investigados, llegando incluso a publicar, ante una nueva solicitud de libertad de la defensa del principal investigado, que el Juez no tenía intención de decretar su libertad provisional. Como anécdota –esta vez positiva, pero, con todo, anómala y preocupante–, el abogado de Yves tuvo conocimiento de que su recurso de apelación contra el Auto de prisión preventiva de su defendido había sido estimado gracias a la llamada de un periodista especializado en Tribunales.

Una vez alzado el secreto del sumario, tras cuatro años de instrucción a espaldas de las defensas retransmitida por los medios de comunicación, la situación no mejoró sensiblemente. La prensa seguía adelantándose al sistema de notificaciones *LexNET* y, por tanto, gozaba de información y de elementos incorporados a las actuaciones con anterioridad a su comunicación y traslado a las partes. Éstas, gracias a la solidaridad de los medios de comunicación, recibían por *WhatsApp* en formato “pdf” las resoluciones que les afectaban. Tan sólo las resoluciones de la Audiencia Provincial en fase de recurso llegaban antes –pero no mucho antes– a las partes. El mismo día en que se notificaban a éstas, a los pocos minutos, los letrados recibían la llamada del Gabinete de Prensa del Tribunal Superior de Justicia a los meros efectos de cerciorarse de que habían recibido la notificación y así poder repartir la resolución en cuestión a los medios de comunicación. Era indiferente que en ese momento el abogado pudiera dedicarse a leer y analizar el Auto o que tuviera la posibilidad de localizar a su cliente para trasladarle el fallo de la resolución.

Tras múltiples quejas y denuncias de las defensas que cayeron en saco roto, el Juez de Instrucción ordenó deducir testimonio para la investigación de un delito de revelación de secretos, si bien, tras algunos meses desde la incoación de este nuevo procedimiento y una absoluta inactividad investigadora, se decretó el sobreseimiento provisional y archivo de las actuaciones.

Yves asistía atónito a una situación que –decía– en Francia sería imposible y, de producirse, sería abortada inmediatamente por parte de los órganos jurisdiccionales.

1.1.1.2. Caso segundo: el juicio televisado

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Palma celebró recientemente un juicio oral íntegramente televisado por el interés mediático que despertó que una de las dieciocho personas acusadas perteneciera a la Familia Real española.

Cientos de periodistas procedentes de todo el mundo dieron cobertura y retransmitieron el juicio oral de modo íntegro y en directo. Cualquier ciudadano podía seguir por internet, en tiempo real, las sesiones de la vista oral. Se habilitó en el mismo edificio donde se celebraba el juicio una sala especial con pantalla gigante para que los periodistas que no hubiesen cabido en la zona de la sala de vistas habilitada para ellos pudieran seguir el juicio en directo.

Aunque la Sala, con buen criterio, mantenía aislados en una dependencia específica a los testigos que debían deponer en la misma sesión, la ausencia de controles efectivos con respecto al uso de terminales móviles y la extensión del juicio oral, que se celebró durante varios meses en sesiones de mañana y tarde, dejaron en hojarasca seca la previsión contenida en el artículo 704 LECrim, que impone la incomunicación de los testigos que deban prestar declaración en juicio. Quienes declaraban sabían perfectamente qué habían declarado quienes ya habían depuesto previamente.

1.1.1.3. Caso tercero: el Jurado

En un juicio oral de cinco días de duración seguido por un supuesto delito de homicidio celebrado, ante el Tribunal del Jurado (esto es, ante nueve ciudadanos legos) en el seno de una Audiencia Provincial española, los miembros del Colegio de Jurados observan cómo cada día asisten al juicio decenas de periodistas que, a continuación, publican sus respectivas crónicas de lo acontecido en cada sesión.

Los Jurados de edad más avanzada acuden cada mañana al Tribunal con la prensa local bajo el brazo y leen los reportajes sobre el desarrollo del juicio, mientras que los más jóvenes acceden a los publicados en prensa digital. En ambos casos, los redactores toman partido por la tesis acusatoria, por lo que tienden a confirmar esa hipótesis, que plantean como único modo en el que se pudieron producir los hechos objeto de enjuiciamiento.

Además, un concreto medio publica durante dos días consecutivos dos noticias que, lejos de dar cuenta (con sesgos más o menos parciales) de lo ocurrido en la sala de vistas, revelan, de un lado, que el acusado tuvo un antecedente penal por homicidio que fue cancelado al tener más de 40 años de antigüedad y, de otro, las manifestaciones de un vecino que no fue citado como testigo al juicio y que, en suma, atribúan al acusado un carácter muy extraño y violento para con su familia.

Por último, en un programa de televisión nocturno emitido en horario de máxima audiencia tras la primera sesión del juicio oral, acudieron al plató dos expertos a fin de analizar el lenguaje no verbal del acusado y leer sus labios mientras éste se comunicaba con su defensor, respectivamente.

El Colegio de Jurados quedó aislado tras la última sesión de juicio oral, cuando los medios de comunicación ya habían valorado todos los medios de prueba.

1.1.2. Planteamiento de la cuestión

Constituyen hechos notorios, y por tanto no necesitados de prueba, que de un tiempo a esta parte se vienen produciendo a diario filtraciones de investigaciones penales secretas y que su contenido acaba siendo publicado en los más diversos medios de comunicación¹; que éstos

1 Diáfana resulta, a este respecto, la STS 1394/2009, de 25 de enero (caso “Saqueo Marbella”), cuando reconoce que *“no le falta razón al recurrente cuando reacciona frente a un tratamiento mediático en el que la culpabilidad se da ya por declarada, sobre todo, a partir de una información construida mediante filtraciones debidamente dosificadas, que vulneran el secreto formal de las actuaciones. La garantía que ofrece el principio de publicidad deja paso así a un equívoco principio de publicación, en el que todo se di-*

prestan mucha mayor atención a la fase de instrucción, a la que dedican multitud de noticias, que al juicio oral, el cual, salvo contadas excepciones, apenas merece la mirada de los medios durante la primera y la última sesión. La espectacularidad de las detenciones, la siempre infalible imagen del investigado engrilletado, el folclore que se desprende de la Policía Judicial provista de un chaleco reflectante e incluso herramientas para forzar puertas y cajas fuertes en el seno de entradas y registros, en suma, la potente y arrolladora maquinaria estatal en fase de investigación, desplazan, a no dudar, la sobriedad de los debates del juicio oral, caracterizados por la igualdad de armas y la ausencia de espectáculo visual –que no intelectual–.

Ni qué decir tiene que mientras una sentencia condenatoria vende ejemplares y corre como la pólvora en redes sociales, ocupando siempre

funde, desde el momento mismo del inicio de las investigaciones, sin que el acusado pueda defender su inocencia”.

Por su parte, la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 (en adelante, ALECRim), que, como es sabido, aunque fue aprobado por el Consejo de Ministros en fecha 22 de julio de 2011, no llegó a buen puerto, no pudo ser más expresiva a la hora de constatar *“la implantación de facto de un sistema de difusión total e indiscriminada de cuanto acontece en el curso de la actividad investigadora oficial”.*

Así pues, se mantiene vigente –y, sin duda, de modo más agravado por la irrupción de las nuevas tecnologías y las redes sociales, que ha desembocado en el desarrollo de la prensa digital– lo que describieron hace más de veinte años DEL MORAL GARCÍA, A. y SANTOS VIJANDE, J.M., *Publicidad y secreto en el proceso penal*, Comares, Granada, 1996, p. 113:

“Nos hemos acostumbrado a leer en la prensa, transcritos íntegramente, autos de procesamiento o de prisión, resoluciones de inculpación, detalles de las declaraciones sumariales de asuntos que, por un motivo u otro, despiertan el interés de la opinión pública.

Los medios de comunicación conocen al minuto, y en ocasiones antes que las propias partes, cada una de las vicisitudes de la instrucción: las fechas fijadas para las comparecencias, los resultados de las periciales, las diligencias acordadas...

Es más, en ocasiones, los periodistas llegan a tener datos minuciosos sobre diligencias cuyo secreto ha sido declarado judicialmente incluso para las partes”.

No sólo eso, sino que, a día de hoy, resulta frecuente tener acceso a través de la prensa digital al contenido íntegro de la grabación audiovisual de las declaraciones sumariales de investigados célebres o al contenido de informes policiales recién incorporados al sumario pero que aún no han sido trasladados a las partes.

un lugar privilegiado en los medios de comunicación (portadas en los periódicos, aperturas en los telediarios), una absolución apenas despertada el interés de los medios y de la sociedad en general, por lo que la noticia, salvo honradas y honrosas excepciones, queda relegada, con suerte, a una falda de página o a un breve en el telediario².

Vivimos tiempos convulsos en materia de retransmisión y análisis apasionados y viscerales de lo que ocurre en los Tribunales de Justicia. Tanto los periodistas como los ciudadanos de a pie se atreven a opinar y a condenar públicamente a quienes por imperativo constitucional deben hallarse cubiertos por el manto protector de la presunción de inocencia. Recientemente, pudimos presenciar atónitos cómo diversos medios de comunicación, de modo ciertamente irresponsable y apresurado, creaban una alarma social del todo innecesaria y de dudoso fundamento tan pronto como se conoció el fallo de la Sentencia 38/2018, de 20 de marzo, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra. A pesar de la extensión de resolución (134 páginas), que iba acompañada de un exhaustivo voto particular (236 páginas), a los pocos minutos de darse a conocer el fallo, que imponía a cada uno de los acusados una pena de nueve años de prisión por un delito continuado de abuso sexual con prevalimiento, tiros y troyanos desataron en redes sociales un movimiento de indignación para con el contenido de la sentencia, por considerarse desacertada la no apreciación de intimidación en la conducta de los acusados, a pesar de que, al margen de los conocimientos jurídicos de aquellos, de un lado, resultaba materialmente imposible la lectura de la resolución en tan escaso lapso temporal y, de otro, la declaración de la víctima, prueba de cargo sobre la que se construyó la condena de los acusados, había tenido lugar a puerta cerrada, de tal manera que ni siquiera quienes asistieron al juicio oral tuvieron la ocasión de presenciarla. Con todo, antes, durante y después del juicio, miles de personas se manifestaban en las calles y en las redes sociales bajo el lema “Yo sí te creo”, en alusión a la declaración de la víctima, habiendo anunciado diversas asociaciones y co-

2 Ello explicaría que el prelegislador, en el ya referido ALECRim, previera en la propuesta de artículo 115.3 que cuando resultara justificado por la difusión pública que hubiera tenido el proceso en los medios de comunicación “*el tribunal sentenciador podrá disponer que la sentencia absoluta firme se divulgue íntegramente o por extracto en los principales medios*”.

lectivos feministas que saldrían a las calles en el caso de que los acusados resultaran absueltos³. Y así fue. Incluso un elevado número de dirigentes políticos mostró su disconformidad con la sentencia⁴.

Por si lo anterior fuera poco, la indignación del público en general se extendió personalmente a los Magistrados que integraban el Tribunal de instancia, pero muy especialmente al Magistrado que emitió un voto particular discrepante en el que sostenía que los acusados debieron resultar absueltos. Tan lejos llegó la polémica que, ante las movilizaciones y manifestaciones ciudadanas contra la sentencia, incluso el aquel entonces Ministro de Justicia declaró públicamente que “todos saben” que el expresado Magistrado “tiene un problema singular” y, por ende, el voto particular (más bien algunas expresiones contenidas en el mismo que se consideraron ofensivas para con la denunciante) “podría haberse evitado” ya que “el Consejo [General del Poder Judicial] podría haber actuado preventivamente”⁵. Como colofón, 750 jueces españoles presentaron una queja ante el Consejo Consultivo de Jueces Europeos⁶ ante la “presión social” contra la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra, presión que –añadieron– se habría producido “con la complicidad y aliento de políticos que ven una oportunidad para mejorar sus réditos electorales y sin que el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) haya contestado eficazmente a tan preocupantes amenazas contra la separación de poderes y el buen nombre de unos jueces injustamente atacados”⁷.

3 https://www.elconfidencial.com/espana/2018-04-26/la-manada-juicio-sentencia-twitter-apoyo-victima_1555398/ (último acceso: 24 de agosto de 2018).

4 <http://www.rtve.es/noticias/20180426/indignacion-sentencia-manada-todo-pais-yo-si-creo/1722685.shtml> (último acceso: 24 de agosto de 2018).

5 La entrevista al otrora Ministro de Justicia se puede escuchar en https://www.cope.es/noticias/herrera-cope/catala-cgpj-deberia-haber-ejercido-potestad-disciplinaria-contra-juez-gonzalez_209426 (último acceso: 24 de agosto de 2018).

6 Organismo constituido en cumplimiento de la Resolución nº 1 sobre medidas para reforzar la independencia e imparcialidad de los jueces en Europa, adoptada por la XXII Conferencia de Ministros de Justicia Europeos, que tuvo lugar en Chisinau (Moldavia) los días 17 y 18 de junio de 1999.

7 <https://www.efe.com/efe/espana/sociedad/750-jueces-presentan-queja-ante-presion-social-contra-el-tribunal-de-la-manada/10004-3681903> (último acceso: 27 de agosto de 2018).

Esta situación (también la filtración constante del sumario) fue denunciada por las defensas de los acusados en sus respectivos recursos de apelación⁸, siendo rechazado por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra mediante Sentencia 8/2018, de 30 de noviembre, que aquélla afectara a los derechos fundamentales a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías que los recurrentes consideraban vulnerados. El Tribunal de apelación argumentó, en esencia, lo siguiente (Fundamento Jurídico Segundo):

“La valoración social de las conductas delictivas es parte esencial de la conformación de la conciencia social y del debate democrático de las leyes penales; y la notoriedad pública de los procesos judiciales no es inevitablemente lesiva de los derechos del procesado, pues propicia el debate social sobre una cuestión reconocida de interés general. No se puede presuponer, como hacen las defensas, que la información periodística haya sido sesgada o manipuladora de la opinión pública, sino parte esencial de un debate social, que manifiesta los *anhelos de justicia de la población; sin perjuicio de las acciones civiles y penales que pudieran derivarse de los atentados puntuales contra la intimidación* o los derechos fundamentales de los procesados o de la víctima. Y en cuanto al alegado tratamiento adverso por los medios, es patente que *los procesados han podido también intervenir en el debate social y hacer declaraciones exculpatorias*. Los comentarios del Sr. Ministro de Justicia y de otros representantes políticos, *no es verosímil* que hayan afectado a la independencia del tribunal de instancia” (las cursivas son nuestras).

Mientras el Reino de España continúa sin transponer la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia, a pesar de haber transcurrido con creces el plazo

8 En esencia, las defensas denunciaban “que se ha generado artificialmente un movimiento social que apremia la inexorable condena de los acusados; se destaca la información sesgada del gabinete de prensa de la Audiencia Provincial, que debiera garantizar la protección de datos personales; se han filtrado a la prensa sus fichas policiales, el contenido de sus teléfonos móviles, sus conversaciones privadas por wasap; ha calado en la opinión pública un perfil perverso de los imputados. Se recalcan las inoportunas interferencias del Ministro de Justicia, inaceptables en un Estado democrático de derecho” (Fundamento Jurídico Primero de la sentencia de apelación).

conferido para ello⁹, que, en lo que ahora interesa, tiende a garantizar que los Estados miembros adopten las medidas necesarias para garantizar que los sospechosos y acusados sean tratados como inocentes por parte de las autoridades públicas hasta que, en su caso, recaiga sentencia condenatoria; la reciente Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 456/2018, de 18 de julio, constituye un buen exponente de lo que, a nuestro juicio, no es sino una clara depreciación de la presunción de inocencia como regla de tratamiento¹⁰, si es que algún día la misma cotizó al alza. En efecto, en la expresada resolución el alto Tribunal consideró que no atentaba contra el derecho al honor del demandante que la noticia de prensa que daba cuenta de su detención por razón de su posible implicación en la agresión a un consejero autonómico fuera calificado como “agresor” en el subtítulo de la noticia publicada en portada, ilustrada además, con una fotografía de su rostro, bajo el titular «“Gonzalo”, retrato de un “red skin” con puño de hierro», ya que el núcleo de la información fue, a juicio del Tribunal Supremo, veraz. El Tribunal de apelación había confirmado la sentencia de primera instancia al considerar que calificando al demandante como “agresor”, sin ninguna reserva (el empleo de los términos supuesto o presunto), en el subtítulo de la portada, se estaba cuestionando su presunción de inocencia. Independientemente de que el Juzgado de guardia decretara la libertad provisional del demandante y las diligencias previas terminaran siendo sobreesidas por el Juzgado de Instrucción competente, el Tribunal consideró que en el momento de la publicación, a pesar de utilizarse en el subtítulo el término “agresor” no se trasladó a los lectores “una conclusión taxativa sobre la realidad de los hechos y la participación del demandante que no guardase una relación lógica con los datos resultantes de las fuentes que estaban a disposición del medio en el momento de la publicación de la noticia”.

Curiosamente, la doctrina jurisprudencial de la Sala Civil del Tribunal Supremo, a la hora de determinar la diligencia exigible al informador en noticias sobre detenciones o imputaciones de delitos posteriormente no corroboradas, parte de la base de la inobservancia

9 A tenor de lo dispuesto en el artículo 14.1, el plazo finalizó el 1 de abril de 2018.

10 Sobre esta proyección del derecho fundamental a la presunción de inocencia *vid.* apartado 1.2.3.

generalizada del genérico deber de sigilo de los funcionarios policiales y, sobre todo, de la trasgresión del secreto sumarial impuesto por el artículo 301 LECrim para la fase de instrucción. En efecto, la STS 456/2018, con cita de otras muchas sentencias del mismo Tribunal, pero también del Tribunal Constitucional (SSTC 240/1992, 28/1996 y 192/1999), afirma que lo que se exige al profesional de la información es “una actuación razonable en la comprobación de la veracidad de los hechos que expone para no defraudar el derecho de todos a recibir una información veraz”, determinando que “la información se reputará veraz si se basó en fuentes objetivas y fiables, perfectamente identificadas y susceptibles de contraste”, precisándose que “para la jurisprudencia, el concepto de veracidad no coincide con el de la verdad de lo publicado o difundido”, de suerte que cuando la Constitución (CE, en lo sucesivo) requiere la veracidad de la información, en realidad, no priva de protección a las informaciones erróneas, sino que establece un listón en forma de deber de diligencia sobre el informador, “a quien se puede y debe exigir que lo que transmite como hechos hayan sido objeto de previo contraste con datos objetivos” (STS 258/2017, de 26 de abril). Pues bien, en el caso enjuiciado en la STS 456/2018 el Tribunal identifica sin ambages esos datos con la existencia de investigaciones policiales y judiciales “perfectamente identificadas y susceptibles de contraste en ese momento”; mientras que en el caso tratado en la STS 587/2016, de 4 de octubre, el Tribunal señala, a las claras, el escrito de querrela, diversas declaraciones sumariales y otros datos obrantes en las actuaciones judiciales ^{11, 12}.

11 Una sólida crítica a la ya añeja doctrina constitucional que impide identificar siempre y en todo caso una información “veraz” con una información objetivamente verdadera puede verse en PANTALEÓN, F., “La Constitución, el honor y unos abrigos”, *Diario La Ley* núm. 4033 de 10 de mayo de 1996, compendiado en el Tomo II de 1996 bajo la referencia D-162, pp. 1689-1694. Este autor sostenía hace ya más de veinte años que tenía una “importancia capital” establecer claramente que “nuestra Constitución no protege las informaciones objetivamente falsas, aun si objetivamente contrastadas”. Y en pro de su tesis utiliza una parábola que da origen al título de su trabajo y que, en apretada síntesis, consiste en comparar a quien *de buena fe* afirma públicamente que un abrigo, en realidad ajeno, es suyo, con el periodista que atenta gravemente contra el honor de una persona publicando una información que resulta ser falsa a pesar de haber empleado el profesional la necesaria diligencia en su investigación, contrastan-

Más explícita resulta, si cabe, la STS 836/2011, de 24 de noviembre, cuando afirma, por un lado, que “no hay un deber de mantener en secreto las investigaciones policiales en tanto no haya recaído una decisión judicial sobre la responsabilidad penal de los inculpados” y, por otro, asumiendo la fundamentación de la sentencia de primera instancia, se sostiene que el hecho de que las actuaciones judiciales a las que accedió el periodista fueran secretas no determina la falta de veracidad de la información sobre la base de que constituya una revelación del secreto del sumario. En realidad, la Sala Civil del TS aplica la doctrina constitucional –de imperativo acatamiento (artículo 5.1 LOPJ)– que, como recuerda la STC (Sala Primera) 158/2003, de 15 de septiembre, de modo constante “ha vinculado (...) la información “rectamente obtenida” con el requisito de la veracidad, referida ésta al deber de diligencia en la contrastación de la fuente de la información, pero nunca ha relacionado la exigencia de veracidad con la legítima obtención de la información, ni por tanto con el secreto de las diligencias sumariales (artículo 301 LE-Crim)”. Por su parte, la STC (Pleno) 54/2004, de 15 de abril, abordó la cuestión sosteniendo que “el que el ejercicio de la libertad de expresión pudiera resultar ilegítimo por otras razones tales como que la noticia constituyera una revelación de algo que, por proceder de un sumario, la Ley declara secreto –con la eventual responsabilidad de quienes hubiesen cometido tal transgresión– en nada afecta al conflicto que aquí dilucidamos, pues por muy ilegítima que, desde ese enfoque, pudiese re-

do debidamente la información que deshonra a la persona a la que se refiere, para terminar preguntándose si alguien dudará que el honor de una persona merece por lo menos la misma protección jurídica que su abrigo (con respecto al cual su verdadero dueño podría ejercitar con éxito acciones de cesación y de retractación de esas manifestaciones).

12 SALVADOR CODERCH, P. y CASTIÑEIRA PALOU, M.T., *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 38, quienes critican que sostener que “los errores excusables deben pagarlos siempre sus víctimas [de los medios de comunicación] y nunca sus causantes es claramente injusto: *negar a la víctima inocente* de la difamación inculpable *todo tipo de remedio jurídico* simplemente porque no se considera razonable condenar a pagar una indemnización al informador diligente, quien, pese a lo adecuado de las precauciones que adoptó, incurrió en un error excusable y perjudicial, no tiene justificación”.

sultar una información determinada, ello no la transformaría en inveraz ni, por tanto, en lesiva del honor”^{13, 14}.

El objeto del presente trabajo de investigación es, amén de analizar el régimen legal actual de la publicidad y el secreto del proceso penal en España y en nuestros países vecinos, analizar la más reciente jurisprudencia recaída sobre la materia y tratar de hallar soluciones que concilien satisfactoriamente los intereses en conflicto, centrándonos, eso sí, en el sujeto pasivo del procedimiento penal en la medida en que la experiencia demuestra que, ya desde momentos embrionarios de la investigación y hasta la terminación del proceso, la presunción de inocencia como regla de tratamiento es la sempiterna olvidada. Por tanto, sin perjuicio de algunas alusiones tangenciales, prescindiremos de analizar el régimen de protección de las víctimas, pues, amén de que el mismo ha sido reforzado mediante la Ley 4/2015, de 25 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, apenas presenta problemas en la práctica, en la que se observa un encomiable nivel de cumplimiento tanto por parte de los órganos jurisdiccionales como de los medios de comunicación.

1.2. DERECHOS EN TENSIÓN

De “auténtica encrucijada de derechos, principios e intereses en tensión” calificaron DEL MORAL GARCÍA y SANTOS VIJANDE los

13 Este razonamiento del Pleno se repitió después en la STC (Sala Segunda) 216/2006, de 3 de julio.

14 Con anterioridad a estos pronunciamientos jurisprudenciales, un sector doctrinal ya había sostenido que el secreto sumarial no se encuentra incluido en el catálogo de límites constitucionales al derecho a la información reconocido en el artículo 20.4 de la Constitución (que centra los límites en los derechos reconocidos en su Título I, “en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”). En efecto, en palabras de MORALES PRATS, F., “Garantías penales y secreto sumarial”, *La Ley*, 1985, Tomo II, p. 1263, “toda violación del secreto de instrucción se encuentra justificada al producirse en ejercicio del derecho constitucional de información, siempre que con la acción no se atente a los bienes detallados en el núm. 4º del art. 20”. En el mismo sentido, *vid.* CÓRDOBA RODA, J., “Libertad de expresión y secreto sumarial”, *Actualidad Jurídica*, IV, Barcelona, 1981, p. 9.

disparos intereses en conflicto dignos de protección que asoman cuando se aborda nuestro objeto de estudio¹⁵.

A juicio de LÓPEZ ORTEGA, en la concreción de los límites al derecho a la información sobre los procesos judiciales hay que partir de la necesidad de hallar el justo equilibrio entre diversos bienes jurídicos: el interés del Estado en administrar justicia libre e independientemente; el interés del individuo en que se respete su vida privada, su reputación y su esfera de libertad personal; el interés de la opinión pública en estar informada de los hechos socialmente importantes que se producen en su seno; y el derecho a formarse una opinión propia y expresarla libremente¹⁶.

Consideramos preciso, siguiendo la senda que marcaron DEL MORAL GARCÍA y SANTOS VIJANDE, identificar con claridad los valores, intereses, derechos y/o libertades implicados¹⁷ para hallar un equilibrio entre la publicidad y el secreto en el proceso penal, renunciando, en cualquier caso, a la quimérica empresa de aspirar a ofrecer al lector una composición acabada de lo que –en palabras de URÍAS– constituirían las piezas del *puzzle* de derechos fundamentales que, a su juicio, configuran el estatuto jurídico de la persona, encajando a la perfección las unas con las otras, “sin que se produzcan solapamientos”¹⁸.

1.2.1. El principio constitucional de publicidad de las actuaciones judiciales

El secreto es, por antonomasia, la auténtica atmósfera del poder¹⁹.

15 DEL MORAL GARCÍA, A. y SANTOS VIJANDE, J.M., *Publicidad y secreto...*, *op. cit.*, p. 2.

16 LÓPEZ ORTEGA, J.J., “La dimensión constitucional del principio de publicidad de la justicia”, *Justicia, información y opinión pública. Encuentro entre Jueces y Periodistas*, Revista del Poder Judicial, número especial XVII, CGPJ, Madrid, 1999, p. 39.

17 *Vid.*, extensamente, DEL MORAL GARCÍA, A. y SANTOS VIJANDE, J.M., *Publicidad y secreto...*, *op. cit.*, pp. 7-50.

18 URÍAS, J., *Lecciones de Derecho de la información*, Tecnos, Madrid, 2009, p. 189.

19 ANDRÉS IBÁÑEZ, P., *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del Estado constitucional*, Trotta, Madrid, 2015, p. 517.

Ya BECCARIA había aconsejado la publicidad de los juicios y las pruebas a fin de que la opinión pública –a su juicio, quizá el único cimiento de la sociedad– “ponga freno a la fuerza y a las pasiones, para que el pueblo diga no somos esclavos y estamos defendidos”²⁰. De modo muy gráfico, CORDERO definió el proceso penal como “esa máquina [que] aborrece el público, las disputas, el aire libre (...) en la que la sentencia crece silenciosamente como una planta en la oscuridad”²¹.

Como acertó a diagnosticar FERRAJOLI, más allá de las formas de responsabilidad jurídica, desgraciadamente destinadas a padecer una debilidad intrínseca, la principal garantía de control sobre el funcionamiento de la Justicia es la que el maestro italiano ha denominado “responsabilidad social”, que se expresa en la más amplia sujeción de las resoluciones judiciales a la crítica de la opinión pública²². Este control se verifica de forma general por los medios de comunicación²³ y en particular por la vigilancia por parte de lo que CARRARA denominó “juristas libres”²⁴, cuya interacción es, hoy en día, innegable. Nadie podrá cuestionar la relación de simbiosis que se da entre juristas de reconocido –y no tan reconocido– prestigio y los medios de comunicación en los más variados formatos (artículos de opinión, entrevistas, participación en programas de radio o televisión, etc.).

20 BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, Trotta, Madrid, 2011, p. 159.

21 CORDERO, F. *Riti e sapienza del diritto*, Laterza, Bari, 1985, p. 642.

22 FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 2009, p. 601.

23 En palabras del TEDH en su Sentencia de 26 de abril de 1995, caso *Prager y Oberschlick c. Austria*, “la Prensa representa uno de los medios de los que disponen los responsables políticos y la opinión pública para verificar que los jueces ejercen sus altas responsabilidades de conformidad con el fin constitutivo de la misión que se les ha confiado”. De ahí que PERAL PARRADO, M., “Los jueces como objeto de críticas de los medios de comunicación”, *Justicia, información y opinión pública. Encuentro entre Jueces y Periodistas*, Revista del Poder Judicial, número especial XVII, CGPJ, Madrid, 1999, p. 316, se muestre sorprendida ante “la resistencia de la mayoría de nuestros jueces a aceptar la idea de que han de ser objeto de ese control social”.

24 CARRARA, F., *Programa de Derecho Criminal*, Tomo II, Temis, Bogotá, 1956, pp. 252 y 253.

No admite discusión que la publicidad asegure el control de la actividad judicial²⁵, pero los autores clásicos nunca pudieron llegar a imaginar el punto hasta el que hemos llegado ni la proliferación de dañinos “expertos” en platós de televisión y redes sociales en detrimento de auténticos jurisperitos. Volveremos sobre esta idea.

Constituye lugar común la consideración del Derecho penal como un instrumento formalizado de control social, por lo que, como sostiene VARELA CASTRO, el mismo actúa conjuntamente tanto con el proceso como con los medios de información, en la medida en que éstos multiplican los efectos de aquél²⁶.

El Tribunal Constitucional ha destacado esta importante función de la publicidad, por ejemplo, en su STC 30/1982, de 1 de junio:

“Como ya tuvo ocasión de señalar este Tribunal en su sentencia de 16 de marzo de 1981 (rec. de amparo núm. 211/1980; «Boletín Oficial del Estado» de 14 de abril), el art. 20 de la Constitución «garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre» cual condición de realización efectiva del principio de legitimidad democrática (fundamento jurídico 3.º), y la libertad de expresión (art. 20.1 a) es un derecho fundamental del que gozan por igual todos los ciudadanos, a los que protege frente a cualquier injerencia de los poderes públicos que no esté apoyada en la Ley, e incluso frente a la propia Ley en cuanto ésta intente fijar otros límites que los que la propia Constitución (arts. 20.5 y 53.1) admite. Otro tanto se afirmaba del derecho a comunicar y recibir información veraz (art. 20.1 d), si bien en el supuesto del derecho a comunicar, éste sirve en la práctica sobre todo de salvaguardia a quienes hacen de la búsqueda y difusión de la información su profesión específica (fundamento jurídico 4.º)”.

25 Para BENTHAM, J., *Tratado de las pruebas judiciales* (trad. de Ossorio Florit), Tomo I, Ejea, Buenos Aires, 1959, p. 140, la publicidad es “el alma de la justicia”, ya que el control de la opinión pública supondría el principal factor de probidad, responsabilidad e independencia de los jueces.

26 VARELA CASTRO, L., “Proceso penal y publicidad”, *Jueces para la Democracia*, n° 11, 1990, p. 37.

Se ha sostenido, asimismo, que la publicidad brinda también un marchamo de independencia judicial, de suerte que facilitaría la resistencia del Juez a presiones ajenas al imperio de la ley²⁷.

El artículo 120.1 CE consagra la publicidad de las actuaciones judiciales: “Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento”. Por su parte, con el objeto de garantizar la eficacia de la anterior proclamación, el apartado 2 del mismo precepto determina que el procedimiento será “predominantemente oral, sobre todo en materia criminal”.

Lo previsto en el artículo 120 CE constituye una concreción del principio de publicidad de la actuación estatal, cuyas manifestaciones son múltiples en el texto constitucional (artículos 9.3, 80, 96.1 o 105)²⁸.

La regla general es, como establece el artículo 232.1 LOPJ, la publicidad general de las actuaciones judiciales²⁹. Por su parte, el artículo 229 del mismo cuerpo legal, declara en su apartado 1º que las actuaciones judiciales serán predominantemente orales, “sobre todo en materia criminal”, mientras que en su apartado 2º prevé que, “salvo lo dispuesto en la ley”, se celebren en audiencia pública “las declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas”.

En el plano de la legalidad ordinaria³⁰, el artículo 649 LECrim establece que una vez dictado el auto de apertura del juicio oral “serán públicos todos los actos del proceso”, mientras que el artículo 680 del

27 *Vid., ad exemplum*, MANZINI, V., *Tratado de Derecho Procesal Penal* (traducción de S. Sentís Melendo y M. Ayerra Redín), Ejea, Buenos Aires, 1952, Tomo III, pp. 46 y 47; y DEL MORAL GARCÍA, A. y SANTOS VIJANDE, J.M., *Publicidad y secreto...*, *op. cit.*, p. 9.

28 ESPÍN TEMPLADO, E., “Secreto sumarial y libertad de información”, *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 85, nº 2, 1986, p. 421.

29 VARELA CASTRO, L., “Proceso penal ...”, *op. cit.*, p. 42, destaca que la LOPJ circunscribe el acceso a los “interesados” y que entre éstos no cabe insertar a los medios de comunicación.

30 Un exhaustivo análisis de los antecedentes histórico-legales de la publicidad en el proceso penal puede verse en JIMENO BULNES, M., “El principio de publicidad en el sumario”, *Justicia: revista de derecho procesal*, nº 3-4, 1993, pp. 655-661.

mismo cuerpo legal impone la publicidad de los debates del juicio oral “bajo pena de nulidad”, sin perjuicio de las excepciones que prevé el artículo siguiente y que analizaremos más adelante³¹.

1.2.2. El derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión

El artículo 20.1 d) CE proclama el reconocimiento y la protección del derecho “a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión”³², precisando el apartado 2 del mismo precepto que su ejercicio “no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa”^{33, 34}.

31 *Vid.* apartado 2.5.1.3.

32 Destaca BEL MALLÉN, J.I., “El derecho de la información en la Constitución española, artículo 20”, en VV.AA. (Dir.: BEL MALLÉN y CORREDOIRA Y ALFONSO), *Derecho de la información. El ejercicio del derecho de la información y su jurisprudencia*, Centro de Estudios Jurídicos y Constitucionales, Madrid, 2015, p. 174, que desde la fecha constituyente se inició “un proceso de adaptación jurídico informativo a las exigencias de las normas constitucionales no exento de dificultades y de contradicciones”, lo cual resulta lógico en un escenario de tránsito de un régimen basado en el control absoluto de la información a otro “de plena libertad” en el que la responsabilidad profesional de los informadores y empresarios pase a ocupar un puesto preferente.

33 El artículo 20.5 CE reserva el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información a los órganos jurisdiccionales, al exigir “resolución judicial”.

Señala TORRES DEL MORAL, A., “Límites de la libertad de comunicación pública y censura”, en VV.AA. (Dir.: TORRES DEL MORAL), *Libertades informativas*, Colex, Madrid, 2009, p. 175, que en una democracia no tiene cabida la censura: “censura y democracia son términos y conceptos antitéticos, mutuamente excluyentes. Instalada en esa vocación democrática, la Constitución española prohíbe la censura”. Apunta, asimismo, que hablar de censura previa es en realidad un pleonismo en cuanto que la censura es siempre previa y si se actúa *a posteriori* “estamos ante la figura del control represivo, sea judicial o administrativo” (p. 176).

El Tribunal Constitucional definió la censura en su Sentencia 52/1983, de 17 de junio, considerando como tal “cualquier medida limitativa de la elaboración o difusión de una obra del espíritu, especialmente al hacerla depender previo examen oficial de su contenido”.

34 URÍAS, J., *Lecciones de Derecho...*, *op. cit.*, p. 281, precisa que mientras la censura es una práctica que incide sobre el proceso de creación de la información, el se-

No faltaron críticas a la redacción del artículo 20 CE, en cuanto que –se ha sostenido– el afán omnicompreensivo del precepto provocaría imprecisiones, contradicciones y graves defectos, de suerte que no aclara si se trata de un derecho o una libertad (lo cual nos parece irrelevante a la vista de su ubicación sistemática), no arroja luz sobre la interpretación que deba hacerse del concepto de información y se desconocería su contenido³⁵, mas como bien indica RODRÍGUEZ BAHAMONDE, los Constituyentes de 1978 demoraron de forma intencionada la discusión de muchos problemas políticos, atribuyendo la carga interpretativa de algunos de ellos al Tribunal Constitucional³⁶. De ahí que, ante un precepto que se considere ambiguo sobre singular relevancia la doctrina del Tribunal de garantías que lo interprete, vinculante por mandato del artículo 5.1 LOPJ.

cuestro afecta a su divulgación una vez terminada. Así pues, la primera adolece de una mayor gravedad al constituir “una violación del desarrollo de la personalidad, en cuanto intromisión en el proceso creativo de una persona afecta a la dignidad humana y no puede venir por ello admitida en ninguna ocasión”.

Con ser cierto que, como destacan DEL MORAL GARCÍA, A. y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., *Reparación del honor lesionado (abusos, déficits y excesos: confusiónismo y promiscuidad en la tutela de un derecho fundamental)*, Comares, Granada, 2010, pp. 2-3, nuestro ordenamiento jurídico contempla la posibilidad del secuestro judicial de la publicación, lo cierto es que se trata de una posibilidad “más simbólica que efectiva”, de suerte que, de un lado, nunca se llega a impedir la divulgación de la especie injuriosa o calumniosa (destacan, con acierto, que incluso el secuestro o la prohibición de difusión sirven en muchos casos de acicate para estimular la curiosidad, determinando que se difunda todavía más la publicación secuestrada); y, de otro lado, existe un cierto “temor reverencial” a la expresada medida, “sutilmente percibida como algo inquisitivo y autoritario entre los Jueces de Instrucción”. Y, añadimos nosotros, cuando se ha acordado, amén de que el foco de atención se ha centrado en el ataque directo de los medios de comunicación al Juez que decreta la medida, los Tribunales de apelación han revocado el secuestro de publicación (el último supuesto de trascendencia mediática del que tenemos constancia es el del secuestro de la publicación del libro *Fariña*, revocado por la Sección 20ª de la Audiencia Provincial de Madrid mediante Auto de fecha 13 de junio de 2018).

35 *Vid.* FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, A., “Libertad de expresión y derecho de la información”, en *Comentarios a las Leyes Políticas* (Dir.: ALZAGA VILLAAMIL), Constitución Española de 1978, Tomo II, Edersa, Madrid, 1984, pp. 106-107.

36 RODRÍGUEZ BAHAMONDE, R., *El secreto del sumario y la libertad de información en el proceso penal*, Dykinson, Madrid, 1999, p. 171.

Como afirma URÍAS, la CE formula la libertad de expresión (apartado a) del artículo 20.1) y la libertad de información (apartado d) del artículo 20.1) como dos derechos distintos a pesar de que “por una cuestión ontológica, expresión e información se concretan a través de una misma realidad práctica que es la comunicación”³⁷. No en vano, en un primer planteamiento de la doctrina constitucional materializado en la STC 6/1981, de 16 de marzo, el Tribunal de garantías consideró que el derecho a comunicar información sería “una simple aplicación concreta” de un derecho más amplio cual es la genérica libertad de expresión. Sin embargo, el TC pronto corrigió esta doctrina en su Sentencia 6/1988, de 21 de enero, al afirmar que la libertad de expresión protege la emisión de juicios de valor y opiniones mientras que la libertad de información tutela la transmisión de datos o hechos (ciertos) que puedan considerarse noticiables³⁸.

En esta línea, siguiendo al mismo autor, podemos concluir que la libertad de expresión tiene la facultad de que sirve como una especie de “coche escoba”, recogiendo también todos los supuestos en los que la libertad de información no se ejerza con los requisitos que impone la CE. Cuando se transmitan hechos, pero no se trate de hechos veraces o noticiables como exige la Constitución, tendrán el mismo régimen que las opiniones, de tal manera que la libertad de expresión abarca, sin duda, un ámbito más amplio³⁹. En efecto, en palabras de la STC (Pleno) 216/2013, de 19 de diciembre, “la distinción no es baladí pues la veraci-

37 URÍAS, J., *Lecciones de Derecho...*, op. cit., p. 51.

38 Esta doctrina constitucional se mantiene vigente en la actualidad. *Vid.*, ad *exemplum*, las SSTC 29/2009, de 26 de enero; 77/2009, de 23 de marzo; y 216/2013, de 19 de diciembre. En palabras de la STC 22/2009:

“En relación con la delimitación entre los derechos a la libertad de información y expresión y el derecho al honor, es reiterado que no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones —garantizado por el derecho a la libertad de expresión— de la simple narración de unos hechos —garantizado por el derecho a la libertad de información—, toda vez que la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa, la comunicación de hechos o de noticias comprende, casi siempre, algún elemento valorativo o una vocación a la formación de una opinión”.

39 URÍAS, J., *Lecciones de Derecho...*, op. cit., p. 57.

dad, entendida como diligencia en la averiguación de los hechos, condiciona la legitimidad del derecho a la información, requisito que, sin embargo, no es exigible cuando lo que se ejercita es la libertad de expresión, pues las opiniones y juicios de valor no se prestan a una demostración de su exactitud, como sí ocurre con los hechos”.

La ya citada STC 6/1981 expresa a las claras cuál es la utilidad social de la libertad de información:

“El art. 20 de la Constitución, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el art. 1.2 de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política.

La preservación de esta comunicación pública libre sin la cual no hay sociedad libre ni, por tanto, soberanía popular, exige la garantía de ciertos derechos fundamentales comunes a todos los ciudadanos, y la interdicción con carácter general de determinadas actuaciones del poder (verbi gratia las prohibidas en los apartados 2 y 5 del mismo art. 20), pero también una especial consideración a los medios que aseguran la comunicación social y, en razón de ello, a quienes profesionalmente los sirven”.

Parece evidente que este derecho sólo será realizable si se garantiza la publicidad de las actuaciones judiciales. De ahí que el TC, en la ya aludida STC 30/1982, interpretara que los profesionales de la información gozan de un derecho preferente para asistir a los juicios, dándose así efectividad a la denominada publicidad “mediata”^{40, 41}:

40 Sobre esta cuestión, *vid.* GONZÁLEZ NAVARRO, A., “Reflexiones en torno a la publicidad mediata en el proceso penal español”, *Anales de la Facultad de Derecho*, nº 18, 2, 2001, pp. 367-382.

41 La Instrucción de la Fiscalía General del Estado 3/2005, de 7 de abril, sobre las relaciones del Ministerio Fiscal con los medios de comunicación, ensalzó los beneficios de la publicidad mediata: “pueden generar efectos de prevención general, renovando la vigencia de las normas penales, coadyuvando a la promoción de la fidelidad de los ciudadanos para con las normas, fomentando la confianza en el sistema de justicia penal y visualizando ante la sociedad las conductas que son penalmente reprochables”.

“(...) el principio de la publicidad de los juicios, garantizado por la Constitución (art. 120.1), implica que éstos sean conocidos más allá del círculo de los presentes en los mismos, pudiendo tener una proyección general. Esta proyección no puede hacerse efectiva más que con la asistencia de los medios de comunicación social, en cuanto tal presencia les permite adquirir la información en su misma fuente y transmitirla a cuantos, por una serie de imperativos de espacio, de tiempo, de distancia, de quehacer, etc., están en la imposibilidad de hacerlo. Este papel de intermediario natural desempeñado por los medios de comunicación social entre la noticia y cuantos no están, así, en condiciones de conocerla directamente, se acrecienta con respecto a acontecimientos que por su entidad pueden afectar a todos y por ello alcanzan una especial resonancia en el cuerpo social (...)”

En este sentido, no resulta adecuado entender que los representantes de los medios de comunicación social, al asistir a las sesiones de un juicio público, gozan de un privilegio gracioso y discrecional, sino que lo que se ha calificado como tal es un derecho preferente atribuido en virtud de la función que cumplen, en aras del deber de información constitucionalmente garantizado. En conclusión cabe decir que el derecho de información no depende de la acreditación, y que ésta no es sino un medio de organizar el acceso a la Sala”.

Con todo, y aunque más adelante veremos que existe un marcado desequilibrio a pesar de la previsión constitucional⁴², el artículo 20.4 CE establece que las libertades de información y expresión “tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”. De este modo, tal y como tendremos ocasión de analizar, ese derecho preferente de los medios no tiene carácter absoluto y puede ser limitado hasta el punto de impedirse su acceso a la sala de vistas⁴³.

42 *Vid.* apartado 1.2.5.

43 *Vid.* apartado 2.5.1.3.

1.2.3. El derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento

A pesar de que el derecho fundamental a la presunción de inocencia tiene una naturaleza eminentemente procesal, pues el proceso es *–sit venia verbo–* su hábitat natural, lo cierto es que el expresado derecho también goza de una proyección residual extraprocesal. En efecto, la presunción de inocencia no es tan sólo –aunque sí principalmente– una regla de juicio que implica la prohibición constitucional de condena sin que se hayan realizado pruebas de cargo válidas, revestidas de las garantías esenciales, referidas a todos los elementos del delito, y de las que quepa inferir razonablemente los hechos y la participación en ellos del acusado (STC 68/2010, de 18 de octubre)⁴⁴, sino que también, como afirmó la STC 109/1986, de 24 de septiembre, es una regla de tratamiento del investigado y acusado que “constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivo o análogos a éstos y determina por ende el derecho a que no se apliquen las consecuencias o los efectos jurídicos anudados a hechos de tal naturaleza en las relaciones jurídicas de todo tipo”⁴⁵.

No obstante, parece que la presunción de inocencia, en la expresada vertiente, no goza del suficiente desarrollo ni autonomía propia, en cuanto que la propia doctrina constitucional se ha encargado de restar relevancia a su proyección como regla de tratamiento⁴⁶ al no reconocer su emancipación de los derechos fundamentales consagrados en el artículo 18 CE (fundamentalmente, del derecho al honor), lo que de-

44 Se vulnera, pues, tal derecho cuando no haya pruebas de cargo válidas o cuando no se motive el resultado de dicha valoración o el *íter* discursivo no sea razonable, sino ilógico o insuficiente (STC 107/2011, de 20 de junio).

45 En contra, DEL MORAL, A. y SANTOS VIJANDE, J.M., *Publicidad y secreto...*, *op. cit.*, pp. 18-20.

46 En efecto, en resoluciones posteriores a la STC 109/1986, el TC ha minimizado la importancia de la concepción de la presunción de inocencia también como regla de tratamiento, ensalzando su vertiente de regla de juicio, momento procesal en el que alcanzaría realmente su esplendor y gozaría de autonomía propia (*vid.* SSTC 166/1995, de 20 de noviembre y 244/2007, de 10 de diciembre).

terminó que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), condenara a España en su Sentencia de 28 de junio de 2011, asunto *Lizaso Azconobieta* contra España⁴⁷.

Ya se ha avanzado que España continúa sin transponer la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia, a pesar de haber transcurrido con creces el plazo conferido para ello. Sin embargo, en los conatos de reforma de la LECrim y de Código Procesal Penal de 2011 y 2013, respectivamente, ambas comisiones consideraron muy seriamente la necesidad de reforzar la presunción de inocencia como regla de tratamiento. Ello fue así, especialmente, en el caso del ALECRim de 2011, en cuya Exposición de Motivos ya se aludía a la “eficacia extraprocesal” de la presunción de inocencia como algo distinto a su “significado procesal más profundo”. Así, con el objeto de proteger esa faceta del tan traído derecho fundamental, el ALECRim cambiaba el sistema de imputación judicial y, a pesar de que su estudio exceda de las pretensiones de este trabajo, vale la pena reproducir un fragmento de su Exposición de Motivos del que fluye claramente la filosofía de cuidado de la dimensión extraprocesal de la presunción de inocencia:

“En el actual sistema de imputación, por efecto de la distorsión práctica del modelo originario de procesamiento fijado en 1882, han quedado confundidas dos instituciones diversas: la comunicación provisional de los cargos y la depuración judicial de los mismos una vez que el procedimiento preparatorio ha concluido y pretende ejercitarse la acción penal. Esa confusión ha llevado a que la primera de las dos funciones, a consecuencia de la indebida intervención judicial, produzca un lamentable efecto estigmatizante y contribuya, en suma, a un importante detrimento del derecho a la presunción de inocencia.

47 *Vid.* el comentario de GASCÓN INCHAUSTI, F., “Lizaso Azconobieta c. España (STEDH de 28 de junio de 2011). Dimensión extraprocesal de la presunción de inocencia y derecho al honor”, en VV.AA., *Conflicto y diálogo con Europa. Las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, ALCÁCER GUIRAO, BELADÍEZ ROJO y SÁNCHEZ TOMÁS (Coords.), Civitas, Madrid, 2013, pp. 351 a 383.

La dimensión extrajurisdiccional que, según lo expuesto, adquiere la primera comparecencia en el nuevo modelo de proceso priva a este acto de cualquier efecto estigmatizante que pueda derivar de la intervención del juez. Se puede decir, en realidad, que la primera comparecencia, como formulación provisional de cargos, es un acto de parte.

Un modelo respetuoso con la presunción de inocencia ha de evitar que en el curso de la fase preparatoria se produzca una validación judicial anticipada de la viabilidad o verosimilitud de la acción penal, cargada del halo de independencia, equidistancia e imparcialidad de juicio que corresponde a la configuración constitucional del juez. Éste no se debe pronunciar sobre la verosimilitud de la tesis acusadora hasta el juicio de acusación de la fase intermedia, en el que procederá al rechazo o confirmación de los cargos definitivos, o, en otros términos, al sobreseimiento o a la apertura del juicio oral”.

Ya en el articulado, y concretamente en el artículo 32.1, el referido texto imponía la obligación de tratar como inocente a toda persona sujeta al proceso penal hasta que su culpabilidad fuera proclamada conforme a la Ley, precisándose que no podrá derivarse para ella “ninguna consecuencia desfavorable que no se encuentre expresamente prevista en esta ley o resulte inevitablemente de su aplicación”.

Pero no acababan aquí las previsiones tendentes a la protección de los derechos de la personalidad que implica el respeto a la presunción de inocencia como regla de tratamiento. En efecto, establecía el proyectado artículo 112.1 que el Ministerio Fiscal –encargado de la instrucción en el modelo propuesto– “informará a los medios sobre el procedimiento de investigación con la máxima objetividad, limitándose a consignar los hechos y datos pertinentes y omitiendo toda valoración o juicio que pueda menoscabar el derecho a la presunción de inocencia” y, por su parte, el artículo 113.1 prohibía proporcionar a los medios de comunicación “información alguna sobre las actuaciones del procedimiento que aún no se hayan notificado a las partes afectadas o a las que éstas no hayan podido tener acceso por causas que no les sean imputables”. Asimismo, el apartado 2º del expresado precepto prohibía facilitar tanto la identidad como las imágenes de los investigados durante la fase de instrucción, mientras que el apartado 5º impedía la difusión del contenido de las diligencias de investigación bajo ningún concepto.

Por su parte, el Borrador de Anteproyecto de Código Procesal Penal presentado el día 25 de febrero de 2013 en el Ministerio de Justicia (en lo sucesivo, BACPP) imponía en su artículo 6.1 el deber de considerar y tratar como inocente a toda persona hasta que, en su caso, recayera sentencia firme debidamente motivada.

Veamos, en cualquier caso, cuál es el contenido esencial de la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia, puesto que, en buena medida, la misma responde a la idea expuesta hasta este lugar: la necesaria protección de la presunción de inocencia en su dimensión de regla de tratamiento. En efecto, su Considerando 16 advierte que se vulneraría la presunción de inocencia si las declaraciones públicas de las autoridades públicas⁴⁸ o las resoluciones judiciales que no fuesen de condena (esto es, cualquier resolución excepto la sentencia condenatoria) “se refiriesen a un sospechoso o acusado como culpable mientras no se haya probado su culpabilidad con arreglo a la ley”, destacando que dichas declaraciones y resoluciones “no deben reflejar la opinión de que esa persona es culpable”. Y es que, como es sabido, no resulta infrecuente que las autoridades públicas realicen declaraciones dando por supuesta la culpabilidad del sospechoso o investigado y que, en muchos casos, determinados autos judiciales (singularmente los que decretan la prisión preventiva del investigado) lo consideren culpable sin ambages, obviando que sobre el mismo debería extenderse el manto protector de la presunción de inocencia.

A su vez, el Considerando 19 insta a los Estados miembros a “adoptar las medidas necesarias para garantizar que, cuando faciliten información a los medios de comunicación, las autoridades públicas no se refieran a los sospechosos o acusados como culpables mientras no se haya probado con arreglo a la ley la culpabilidad de esas personas”, imponiendo a los

48 El Considerando 17 considera autoridades públicas a estos efectos a aquellas autoridades que participan en el concreto proceso penal con el que tenga que ver la declaración, como por ejemplo las autoridades judiciales, la policía y “otras autoridades con funciones policiales u otra autoridad pública, como ministros y otros cargos públicos”.

Estados la obligación de “informar a las autoridades públicas de la importancia de tener debidamente en cuenta la presunción de inocencia cuando faciliten o divulguen información a los medios de comunicación”.

Por su parte, el Considerando 20 lanza un mensaje muy claro para las autoridades competentes de los Estados miembros: “deben abstenerse de presentar a los sospechosos o acusados como culpables, ante los órganos jurisdiccionales o el público, mediante el uso de medios de coerción física como esposas, cabinas de cristal, jaulas y grilletes”, salvo que ello sea necesario en casos específicos relativos a la protección de terceros y del propio sospechoso o acusado.

Por último, veamos cómo se han proyectado los anteriores Considerandos en el articulado de la Directiva y, sobre todo, si se prevén mecanismos para dotar de eficacia a las previsiones normativas. En lo que respecta a las referencias públicas a la culpabilidad, mientras el artículo 4.1 es fiel reflejo del Considerando 16 y el artículo 5 lo es del Considerando 20, el apartado 2 del artículo 4 insta a los Estados miembros a velar “por que se disponga de medidas adecuadas en caso de incumplimiento de la obligación establecida en el apartado 1 del presente artículo, de no referirse a los sospechosos o acusados como culpables, de conformidad con la presente Directiva, en particular con su artículo 10”. En este sentido, es importante subrayar que el artículo 10.1 obliga a los Estados miembros a velar por que los sospechosos y acusados dispongan de vías efectivas de recurso en caso de violación del derecho a la presunción de inocencia en los términos concebidos por la Directiva.

1.2.4. Los derechos de la personalidad

Qué duda cabe de que los denominados derechos de la personalidad, esto es, honor, intimidad y propia imagen⁴⁹ del sujeto pasivo⁵⁰ pueden

49 Como señalan DEL MORAL GARCÍA, A. y SANTOS VIJANDE, J.M., *Pu- blicidad y secreto...*, *op. cit.*, p. 43, los derechos a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen guardan un estrecho parentesco con el derecho al honor.

URÍAS, J., *Lecciones de Derecho...*, *op. cit.*, p. 153, destaca que al contrario que el derecho al honor, el derecho a la intimidad es personalísimo. “No es un derecho creado

verse afectados por la publicidad del proceso penal, pero, sobre todo, por una cuestión en principio ajena al órgano jurisdiccional que conozca en cada momento de la causa: el modo en que se proyecten las informaciones relativas al proceso por parte de los medios de comunicación.

En cualquier caso, en esta materia resulta significativa la Instrucción de la Fiscalía 3/1993, de 16 de marzo, cuando afirma que:

“Con las razones de la administración de justicia concurren a justificar el secreto instructorio los *derechos del imputado a la reserva*, pues la presunción de no culpabilidad hasta la condena definitiva no tiene únicamente un valor procesal y es justo que encuentre en el secreto instructorio un instrumento que, al menos en parte, garantice la *personalidad* del imputado, así como su *dignidad*” (las cursivas son nuestras).

Para LÓPEZ ORTEGA la tensión entre los diversos derechos en colisión se situaría en dos niveles diferentes. En un primer nivel, el conflicto se produciría entre intereses públicos, el derecho a informar y a conocer colisionaría con la necesidad de preservar el carácter equitativo del proceso, “que puede verse comprometido por la influencia deformante de lo audiovisual”. En un segundo nivel, colisionarían intereses privados, la protección de los derechos de la personalidad de acusado y víctima con los intereses públicos vinculados a la publicidad del proceso y a la transparencia de la justicia⁵¹.

En opinión de O’CALLAGHAN el conflicto principal se presenta a modo de dicotomía: por una parte, los medios de comunicación social tienen la libertad de expresión y de información y se hallan amparados por la publicidad del proceso, pero ni aquellas libertades ni este principio son ilimitados; por otra parte, el ciudadano que se ve inmerso en un

para fomentar la interacción social sino justo lo contrario, un derecho a mantener un espacio propio excluido de la vida colectiva”, por lo que concluye que se trata de un derecho “estrictamente defensivo frente a intromisiones ajenas”.

50 No obstante, es en la víctima en la que se ha volcado la doctrina en la medida en que la publicidad procesal podría agravar lo que se ha denominado “victimización secundaria”, cuestión que excede de los objetivos de la presente obra.

51 LÓPEZ ORTEGA, J.J., “La dimensión constitucional ...”, *op. cit.*, p. 115.

proceso está amparado por los derechos de la personalidad, derechos fundamentales constitucionalmente garantizados, a su intimidad y a su imagen, los cuales tampoco son ilimitados. Este autor apuesta decididamente por “la completa y correcta difusión del contenido de un proceso” en la medida en que ello “evita la distorsión” e “impide la divulgación de un juicio paralelo”⁵².

Como señala DEL MORAL GARCÍA, aun cuando el régimen de secreto externo se inspira ante todo en preservar la eficacia en la investigación, el respeto al honor del imputado también está presente, aunque en un segundo plano que aflora en cuestiones muy concretas: por ejemplo, cuando la LECrim regula la detención o la entrada y registro en lugar cerrado, en cuanto que, de un lado, el artículo 520 establece del deber de practicar la detención “en la forma que menos perjudique al detenido (...) en su persona, reputación y patrimonio”; y, de otro, el artículo 552 obliga a tomar “todo género de precauciones para no comprometer su reputación, respetando sus secretos si no interesaren a la instrucción” a la hora de practicar un registro. Ambas normas han sido reiteradamente incumplidas⁵³.

Con todo, dejando al margen estas medidas cautelares y de investigación que excepcionalmente deberían acordarse en la instrucción de una causa, la afectación de los derechos de la personalidad tiene lugar –es una realidad innegable– porque existe una falta de educación ciudadana en materia judicial en general y sobre las implicaciones del derecho fundamental a la presunción de inocencia en particular que, a nuestro juicio, convierte en hojarasca seca la importante proclamación del artículo 10.1 CE cuando sitúa como fundamento del orden político y de la paz social “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a

52 O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., “Audiencias públicas y cobertura informativa”, *Justicia, información y opinión pública. Encuentro entre Jueces y Periodistas*, Revista del Poder Judicial, número especial XVII, CGPJ, Madrid, 1999, p. 280.

53 DEL MORAL GARCÍA, A., “Derecho a un juicio público, libertad de información y derechos al honor y a la vida privada: relaciones, conflictos, interferencias”, *Persona y Derecho: revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos* núm. 59 (2008), p. 277.

la ley y a los derechos de los demás”⁵⁴. Volveremos sobre esta idea más adelante⁵⁵.

1.2.5. La resolución del conflicto entre la libertad de información y los derechos de la personalidad: una batalla perdida de inicio

Es claro que toda información referente a hechos de relevancia penal reviste interés público (así lo ha declarado el Tribunal Constitucional, entre otras, en sus Sentencias 14/2003, de 28 de enero; y 244/2007, de 10 de diciembre), de tal manera que –en la línea de pensamiento del TC, cuya doctrina es vinculante conforme al mandato contenido en el artículo 5.1 LOPJ– también es de interés público el resultado de las investigaciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, especialmente en el caso de delitos graves o que causan un impacto considerable en la opinión pública, extendiéndose tal interés a cuantas novedades se produzcan en el curso de las investigaciones, lo que –en palabras de la STS 426/2017– “desde luego comprende el seguimiento puntual de la fase de instrucción penal y de la ulterior de juicio oral, incluyendo la cobertura de las sesiones del mismo en casos de delitos tan graves y de tanta trascendencia mediática”.

Estamos de acuerdo con ROMERO COLOMA cuando afirma que el conflicto entre el derecho a la intimidad y el derecho a la información, y viceversa, es seguramente uno de los más fundamentales de los planteados en una sociedad moderna⁵⁶.

Como destaca O´CALLAGHAN MUÑOZ, la libertad de expresión y el derecho-deber de información son esenciales en un sistema demo-

54 En esta línea, ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “Proceso penal: ¿qué clase de publicidad y para qué?”, *Jueces para la Democracia* núm. 51, 2004, p. 66, considera que el secreto externo “podría encontrarse amparado por una primera y buena razón: el derecho a la dignidad y al honor del imputado cuya presunción de inocencia es aún plenamente vigente”.

55 Si bien se trata de una idea que se halla presente a lo largo de este trabajo, véanse, en especial, los apartados 3.1 y 3.2.1.1.

56 ROMERO COLOMA, A., *Derecho a la información y libertad de expresión. Especial consideración al proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1984, p. 57.

crático pero no son ilimitados. Su límite lo fija la Constitución en su artículo 20.4 y consiste en los derechos al honor, a la intimidad y a la imagen⁵⁷. Añadiríamos, como ya hemos visto, el derecho fundamental a la presunción de inocencia como regla de tratamiento⁵⁸.

Sin embargo, la doctrina jurisprudencial emanada de la Sala Civil del Tribunal Supremo ha sido constante al afirmar que cuando colisionan los derechos a la libertad de información con los derechos de la personalidad del sujeto pasivo del procedimiento penal la prevalencia la tiene en abstracto el derecho fundamental a la libertad de información reconocido en el artículo 20.1 d) CE, y esta situación sólo puede revertirse “atendiendo al peso relativo de dicho derecho según las circunstancias concurrentes” (SSTS 605/2015, de 3 de noviembre; 618/2016, de 10 de octubre; y 426/2017, de 6 de julio, entre otras muchas). En efecto, a tenor de esta doctrina, la libertad de información legitima la actuación del periodista y determina su prevalencia sobre los derechos de la personalidad del afectado por la noticia, en palabras de la última de las sentencias citadas, “siempre que la información que se divulgue sea veraz, se refiera a asuntos de interés general o relevancia pública, por razón de la persona o de la materia tratada, y no se sobrepase el fin informativo porque se le dé un matiz injurioso, denigrante o desproporcionado”, por lo que el límite se establece en el “empleo innecesario de expresiones inequívocamente ofensivas o vejatorias”.

Mas en este ámbito de discrecionalidad ponderativa que establece la jurisprudencia se aprecia que el listón para considerar vulnerados los derechos de la personalidad se sitúa en un punto tan elevado que se torna prácticamente irreconocible. Hemos visto⁵⁹ que utilizar el término “agresor” en fase de instrucción sin protección alguna del derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento no se consideró una intromisión ilegítima (STS 456/2018, de 18 de julio). Tampoco se apreció vulneración de derecho alguno en un supuesto en el que un medio

57 O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1991, p. 27.

58 *Id.* apartado 1.2.3.

59 Apartado 1.1.2.

de comunicación calificó de “estafador” a un ciudadano detenido por la Guardia Civil como sospechoso de un delito de estafa consistente en la venta de unos bonos (supuestamente falsos) del Tesoro americano (STS 836/2011, de 24 de noviembre).

Hemos visto también en el mismo lugar que la Sala Civil del Tribunal Supremo, siguiendo la senda marcada por el Tribunal Constitucional, se ha decantado claramente a favor de los derechos a la libertad de información y expresión en detrimento de los derechos de la personalidad del sujeto pasivo del procedimiento penal y que, además, parte de la base de una violación del secreto generalizada en cuanto que siempre señala como fuentes objetivas del informador las actuaciones policiales y judiciales. La jurisprudencia es constante y carece de fisuras en esta materia. Así, en su Sentencia 426/2017, de 6 de julio, la Sala de lo Civil del TS consideró que no había existido intromisión ilegítima en el derecho al honor y a la propia imagen de un acusado por un doble asesinato que resultó absuelto tras disolver el Jurado el Magistrado Presidente debido a la manifiesta ausencia de prueba de cargo. En este caso, el Tribunal rechazó que se hubiese producido intromisión ilegítima en los derechos de la personalidad del demandante, ya que el artículo periodístico fue veraz al basarse en la investigación policial y judicial, como lo fue también el subtítulo de la información, que recogía las declaraciones del representante de la Fiscalía en las que mostraba su convicción acerca de la culpabilidad del acusado. Para el alto Tribunal, la información periodística no tiene que ser “neutral” ni constituir en todo caso un “reportaje neutral” para estar legitimada por el artículo 20.1d) CE, considerándose, a mayor abundamiento, que a las palabras de la Fiscalía servían de contrapeso las propias declaraciones del acusado negando taxativamente su implicación en los hechos, declaraciones que también se reflejaron al final del artículo.

También hemos avanzado⁶⁰ que el estándar de veracidad de la información que marcan el TS y el TC ampara, en definitiva, informaciones objetivamente falsas, ya que “la información se reputará veraz si se basó en fuentes objetivas y fiables, perfectamente identificadas y susceptibles de contraste”, precisándose que “para la jurisprudencia, el concepto de veraci-

60 Apartado 1.1.2.

dad no coincide con el de la verdad de lo publicado o difundido”, de suerte que cuando la Constitución requiere la veracidad de la información, en realidad, no priva de protección a las informaciones erróneas, sino que establece un listón en forma de deber de diligencia sobre el informador, “a quien se puede y debe exigir que lo que transmite como hechos hayan sido objeto de previo contraste con datos objetivos” (STS 258/2017, de 26 de abril).

Así pues, como afirman DEL MORAL GARCÍA y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, el periodista que ejerce su derecho a dar información veraz no puede ser condenado a una indemnización económica, salvo que no cumpla los deberes de diligencia exigibles. Esto supone, en el ámbito constitucional, que “no cabe conceder amparo por vulneración del derecho al honor si el periodista fue diligente, aunque la información haya resultado objetivamente falsa”, lo que “deja al derecho al honor en una posición claramente desventajosa y hace poco menos que ilusoria la declaración constitucional que le atribuye la condición de límite a la libertad de información”⁶¹. En nuestra opinión, con este estándar constitucional una instrucción viciada y poco profesional, que orille el contenido del artículo 2 LECrim (la obligación de apreciar las circunstancias favorables al investigado que tienen los funcionarios que intervienen en la investigación penal), ocasionará un daño por partida doble y, además, irreparable, pues el único remedio procesal en sede penal será la absolución y en lo que se refiere al ámbito civil los derechos de la personalidad habrán quedado tocados de muerte: no se ofrece una tutela judicial efectiva.

En buena medida, la jurisprudencia expuesta hasta este lugar determina que en ocasiones sea el propio acusado quien esté dispuesto a renunciar al derecho a un juicio público para salvaguardar su propia estimación⁶².

61 DEL MORAL GARCÍA, A. y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., *Reparación del honor lesionado (abusos, déficits y excesos: confusiónismo y promiscuidad en la tutela de un derecho fundamental)*, Comares, Granada, 2010, p. 75.

62 En efecto, la publicidad procesal en los casos que son objeto de atención por los medios de comunicación es actualmente única y exclusivamente fuente de preocupación por parte del acusado y su entorno, debiéndose incluir en éste, en ocasiones, a su abogado defensor. Incluso en los supuestos que *a priori* no han despertado interés mediático es una inquietud frecuente de los acusados conocer que cualquiera, incluso algún profesional de la información, podría acceder a la sala de vistas.

Pero no es posible porque existe otra dimensión social de la publicidad de las actuaciones judiciales⁶³.

De modo tan crudo como realista, y aunque consideramos que no pueda generalizarse y extenderse la crítica a todos los supuestos, RODRÍGUEZ RAMOS ha denunciado la desigualdad que existe entre los ciudadanos que se ven “maltratados” en los medios de comunicación y estos medios “maltratantes” a la hora de ejercitar acciones en defensa del honor, la intimidad o la propia imagen. La desigualdad derivaría, por una parte, “en la generosa interpretación del derecho-deber de información a la hora de justificar injerencias de ese tipo, y por otra en el temor reverencial de todos los demás poderes, en este caso el judicial personificado en cada uno de sus jueces y magistrados, a resultar estigmatizados por esos medios si se fallara en su contra”. Esta desigualdad –prosigue este autor–, “unida a la preexistente de carecer mayoritariamente los afectados de un medio propio de comunicación, y al incremento del *strepitus fori* que se deriva de cualquier ejercicio de acciones frente a medios de comunicación, lleva a que se aconseje a los ciudadanos afectados la pasividad o, como mucho, el ejercicio del derecho de rectificación, modesta reacción que incluso se procura eludir por lo que tiene también de mantenimiento o incluso incremento del aludido *strepitus*, pues el mal menor suele ser la referida pasividad como mejor método de «enfriamiento» de la noticia, al amparo de lo que ésta tiene de efímero, solución claramente insatisfactoria”⁶⁴.

1.2.6. El derecho a un proceso con todas las garantías

Con ser cierto que la publicidad del proceso es una exigencia irrenunciable a la hora de predicar el carácter justo o equitativo del mismo, en el reverso de la moneda no cabe ignorar la posibilidad de que el derecho a un proceso con todas las garantías pueda resultar comprometido por la propia publicidad desmedida e incontrolada, lo que conecta con

63 DEL MORAL GARCÍA, A., “Derecho a un juicio público, ...”, *op. cit.*, p. 261.

64 RODRÍGUEZ RAMOS, L., “La verdad y las verdades en el proceso penal: ¿había una justicia “dependiente” de los medios de comunicación?”, *Diario La Ley* núm. 2277/2002.

otra manifestación de este último derecho, cual es la del derecho a ser juzgado por un Tribunal independiente e imparcial, que podría verse –se ha sostenido– seriamente afectado por compañías mediáticas⁶⁵.

A nuestro juicio, como veremos más adelante⁶⁶, nos resistimos a creer que en realidad pueda verse afectado el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías en su dimensión de la imparcialidad del Juez o Tribunal por razón de una campaña mediática, por muy virulenta que sea.

DEL MORAL y SANTOS VIJANDE sostienen, de un lado, que es preferible crear el clima adecuado y prever los mecanismos precisos para que el Juez, sin necesidad de heroicidades, pueda ejercer su labor libre de influencias espurias; y, de otro, que tan importante es la imparcialidad como la apariencia de imparcialidad. Añaden que el problema alcanza mayores dimensiones si se repara en que el Juez no puede vivir ajeno al mundo en el que vive. El juzgador, sostienen estos autores, “no puede estar encerrado en un laboratorio, desinteresado de las inquietudes y preocupaciones que imperan en la sociedad a la que pertenece” y se apoyan en el artículo 3 del Código Civil, que obliga a interpretar las normas según la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas⁶⁷.

Aun cuando compartimos el primer segmento del razonamiento (en efecto, hay que tratar de situar al juzgador en una atmósfera lo menos contaminada posible), no podemos compartir el segundo, de suerte que el Juez está sometido únicamente al imperio de la ley (artículo 117.1 CE) y el criterio hermenéutico contenido en el artículo 3 del Código Civil no es tan elástico y debe, además, combinarse con otros criterios como el sentido propio de las palabras de la norma o sus antecedentes históricos y legislativos. Nótese que las cuestiones más relevantes que los órganos de instrucción y enjuiciamiento deben resolver (la adopción y el mantenimiento de medidas cautelares personales y la declaración o no de culpabilidad) dejan poco espacio a la

65 En este sentido, *vid.* DEL MORAL GARCÍA, A. y SANTOS VIJANDE, J.M., *Publicidad y secreto...*, *op. cit.*, pp. 20-24.

66 *Vid.* apartado 3.1.

67 En este sentido, *vid.* DEL MORAL GARCÍA, A. y SANTOS VIJANDE, J.M., *Publicidad y secreto...*, *op. cit.*, p. 23.

hermenéutica estricta de una norma –máxime si, como suele ser habitual, nos referimos a preceptos sustantivos– y se sitúan más bien en el plano de las garantías constitucionales y de los principios que enraizan el proceso penal (libertad, presunción de inocencia) en el marco de un escenario de libre valoración de la prueba (artículo 741 LECrim) en el que ningún espacio queda para la interpretación de normas conforme a la realidad social.

1.2.7. La seguridad de los intervinientes en el proceso

También, aunque en situaciones más bien excepcionales, el derecho a la seguridad de los intervinientes en el proceso, especialmente de testigos y víctimas, puede verse negativamente afectado por la publicidad⁶⁸, de tal manera que el propio ordenamiento jurídico arbitra mecanismos que permiten restringir la publicidad.

Como veremos, la propia LECrim prevé que un juicio pueda celebrarse total o parcialmente a puerta cerrada⁶⁹, pero también responde a esa tutela, muy especialmente, la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales, cuya redacción original se mantiene vigente en la actualidad⁷⁰.

1.2.8. El interés de la Justicia penal en la averiguación de la verdad

Como tendremos ocasión de analizar en otro lugar⁷¹, la eficacia de la investigación puede requerir, en ocasiones, restringir la publicidad, a veces incluso a las partes, y, con ello, limitar temporalmente (en este úl-

68 DEL MORAL GARCÍA, A. y SANTOS VIJANDE, J.M., *Publicidad y secreto...*, *op. cit.*, p. 44.

69 *Vid.* apartado 2.5.1.3.

70 Específicamente, sobre la protección y reserva de identidad de los informantes y testigos en el proceso penal, *vid.* la completa obra de ORTÍZ PRADILLO, J.C., *Los delatores en el proceso penal. Recompensas, anonimato, protección y otras medidas para incentivar una colaboración eficaz con la justicia*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pp. 165-214.

71 *Vid.* apartado 2.5.1.1.

timo caso) el derecho de defensa en aras de alcanzar los objetivos que el artículo 299 LECrim marca al sumario: “preparar el juicio” y “averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los delinquentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos”.

Ya la Exposición de Motivos de la LECrim justificó el secreto del siguiente modo:

“Subsiste, pues, el secreto del sumario; pero sólo en cuanto es necesario para impedir que desaparezcan las huellas del delito, para recoger e inventariar los datos que basten a comprobar su existencia y reunir los elementos que más tarde han de utilizarse y depurarse en el crisol de la contradicción durante los solemnes debates del juicio oral y público. Y a tal punto lleva la nueva Ley su espíritu favorable a los fueros sagrados de la defensa, que proscribe y condena una preocupación hasta ahora muy extendida, que, si pudo ser excusable cuando el procedimiento inquisitivo estaba en su auge, implicaría hoy el desconocimiento de la índole y naturaleza del sistema acusatorio con el cual es incompatible”.

Por su parte, la STC 176/1988, de 4 de octubre, vino a corroborar que “el secreto sumarial tiene por objeto impedir que el conocimiento e intervención del acusado en las actuaciones judiciales pueda dar ocasión a interferencias o manipulaciones dirigidas a obstaculizar la investigación en su objetivo de averiguación de la verdad de los hechos”.

Volveremos sobre este interés de la Justicia penal más adelante⁷².

72 *Ibidem*.

3.2.2. Sobre la inobservancia generalizada de la incomunicación de testigos ex artículo 704 LECrim

En la actualidad, como ya señalaran MORENO CATENA hace casi cuarenta años y FLORIAN hace cincuenta, puede afirmarse, y acaso hoy con mayor intensidad, que el medio de prueba testifical es el más importante en el proceso penal, tanto cuantitativa como cualitativamente²⁷³. En palabras del segundo de los autores citados, “dentro del cuadro de las pruebas, la testifical es la que más se utiliza y más aprovecha el proceso penal, pues el testimonio es el modo más adecuado para resolver y reconstruir los acontecimientos humanos, es la prueba en la cual la investigación judicial se desenvuelve con mayor energía. Su importancia no puede echarse a menos, ya que, en general, las manifestaciones de la delincuencia están muy lejos de prestarse siempre a ser determinadas por medio de pruebas preconstituidas”²⁷⁴.

Y ello es así tras haberse superado felizmente la etapa en la que la confesión era la *regina probatorum* del proceso inquisitivo propio del Antiguo Régimen, que, además, generalmente operaba asociada a la tortura²⁷⁵, de tal manera que no es de extrañar que el primer párrafo del artículo 406 de nuestra vetusta LECrim establezca claramente que “la confesión del procesado no dispensará al Juez de instrucción de practicar todas las diligencias necesarias a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito”. Del mismo modo, el artículo 820, referido al procedimiento especial para delitos cometidos por medio de la imprenta, dispone que “no será bastante la confesión de un supuesto autor para que se le tenga como tal y para que no se dirija el procedimiento contra otras personas, si de las circunstan-

273 MORENO CATENA, V., *El secreto en la prueba de testigos del proceso penal*, Montecorvo, Madrid, 1980, p. 68.

274 FLORIAN, E., *De las pruebas penales* (trad. cast. de la 3ª ed. italiana Varese-Milano de J. Guerrero), Tomo II, Bogotá, 1968-1969, p. 67.

275 Sobre esta cuestión, puede verse DE CASTRO, P., *Defensa de la tortura y leyes patrias que la establecieron: e impugnación [sic.] del Tratado que escribió contra ella el Doctor Alfonso María de Acevedo*, Miguel Escribano, Madrid, 1778, Maxtor, Valladolid, 2009.

cias de aquél o de las del delito resultaren indicios bastantes para creer que el confeso no fue el autor real del escrito o estampa publicados”.

Nuestra doctrina²⁷⁶ ha entendido que el fin de estos preceptos no es otro que evitar la sobrevaloración de la confesión en el proceso penal, por lo que se insta a orientar la actividad investigadora del Juez de Instrucción más allá de la obtención de la confesión. Mas, en realidad, la práctica discurre en muchas ocasiones por lares bien distintos, al contentarse el Instructor –y también el Ministerio Público– con la mera confesión del imputado.

En este sentido versa la crítica que contiene el voto particular de la Magistrada CASAS BAAMONDE a la STC 56/2009, de 9 de marzo: “Tampoco resulta ajeno a nuestra doctrina sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia que la investigación de los hechos que puedan resultar delictivos no se detenga en el fácil expediente del testimonio potencialmente interesado de los implicados, sino que persevere hacia el hallazgo riguroso de datos objetivos que sirvan a su determinación”.

En este contexto, tomando en consideración que el testigo, a diferencia del sujeto pasivo del proceso penal, de un lado, salvo contadísimas excepciones, está obligado a declarar y, de otro, a decir verdad bajo amenaza de incurrir en un delito de falso testimonio, es lógico pero también significativo que la LECrim regule extensamente la prueba de testigos (nada más ni nada menos que alrededor de setenta artículos en el proceso ordinario por delitos).

276 Aunque se refieran a la fase de juicio oral, conviene traer aquí a colación las palabras de VÁZQUEZ SOTELO, J.L., *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*, Bosch, Barcelona, 1984, p. 11: “nunca descansa tanto la conciencia de un Juez como cuando dicta su sentencia sobre la realidad de unos hechos justiciables reconocidos y admitidos por el mismo destinatario del castigo penal”.

Sobre el artículo 820 LECrim, *vid.* SÁNCHEZ MELGAR, J., “Título V. Del procedimiento por delitos cometidos por medio de la imprenta, el grabado u otro medio mecánico de publicación”, *Enjuiciamiento Criminal. Comentarios y Jurisprudencia* (Coord. SÁNCHEZ MELGAR, J.), Volumen II, Sepín, Madrid, 2010, pp. 2960-2961, quien afirma que se trata de una norma que, en correspondencia con lo establecido en el artículo 406 LECrim, guía a los Jueces y Tribunales en su labor de apreciación probatoria, de modo que la simple confesión no autoriza la condena por sí misma “si de los demás elementos resulta lo contrario”.

Esta importancia justifica la preocupación por el debido respeto a la previsión contenida en el artículo 704 LECrim, máxime si se toma en consideración que en los procesos penales del siglo XXI existen unos testigos –*sit venia verbo*– singulares tales como los funcionarios policiales, quienes cada vez más adquieren mayor –e injustificado– protagonismo al abarcar los informes en los que cristalizan sus investigaciones extremos que muchas veces van más allá de lo que un testigo –funcionario o no– puede estar en condiciones de exponer (valgan como botón de muestra los contenidos de los denominados informes policiales de “inteligencia”²⁷⁷). En este contexto, deviene crucial que la defensa pueda interrogar a los miembros del equipo policial firmantes del informe sin que éstos tengan ocasión de comunicarse entre sí.

Parece que en los denominados macroprocesos la previsión de aislamiento de testigos contenida en el artículo 704 LECrim resulta de casi imposible observancia²⁷⁸ y, desde luego, del todo inalcanzable merced a la difusión televisiva²⁷⁹.

No obstante, el Tribunal Supremo entendió en su Sentencia de 5 de abril de 1989 que el artículo 704 LECrim contiene “una norma cautelar cuyo incumplimiento no produce otra carga o producción de perjuicio que el eventual de la aminoración de credibilidad del testimonio, pero en manera alguna origina una prescripción prohibitiva”;

277 Un comentario crítico al tratamiento jurisprudencial de este medio probatorio puede verse en CAMPANER MUÑOZ, J., “El valor de la mal llamada “prueba pericial de inteligencia” en el proceso penal”, en la sección “Doctrina” de la base de datos ELITTE de la Editorial Jurídica SEPÍN, SP/DOCT/15896 (diciembre de 2011).

278 Ya la STS de 13 de junio de 1990 consideró esta previsión razonable pero “de imposible cumplimiento cuando el juicio dura varios días, so pena de llevarse a cabo una especie de retención de los testigos que sería, a todas luces, contraria a Derecho, muy dificultosa, muy vulnerable y hasta de dudosa constitucionalidad”; concluyendo que en juicios de la expresada duración “es imposible evitar que los testigos que declaran después de otros sepan lo que éstos dijeron”.

279 Así lo advirtió GARCÍA PÉREZ, S. F., “La televisión desde la sala de juicio en los procesos penales (notas para un debate en el CGPJ)”, *Justicia, información y opinión pública. Encuentro entre Jueces y Periodistas*, Revista del Poder Judicial, número especial XVII, CGPJ, Madrid, 1999, p. 234.

y en su Sentencia de 8 de abril de 1994 sostuvo que la inobservancia de la previsión de incomunicación del artículo 704 LECrim constituye una mera irregularidad procesal que carece de entidad suficiente para enervar la eficacia de los testimonios. En esta línea, más recientemente, la STS 18/2017, de 20 de enero, consideró que esa previsión no es condición de validez del testimonio, sin perjuicio de que éste se valore teniendo en cuenta la quiebra de la norma de incomunicación. A nuestro juicio, con ser cierto que, *per se*, esa ausencia de incomunicación no puede merecer, sin más, la ineficacia del medio probatorio, no lo es menos que el Tribunal está llamado a tutelar el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y a procurar que los medios probatorios que constituyen ingredientes que, a la postre, darán lugar a una sentencia en la que se establecerá una verdad histórica como hecho probado y ello tendrá importantes consecuencias jurídicas sea cual sea el signo de la resolución, se presenten en el juicio del modo más aséptico posible en aras del interés de la Justicia. Corolario de lo anterior, el Tribunal tiene la obligación constitucional, y no sólo legal, de arbitrar mecanismos para hacer efectiva esa incomunicación y, de no lograrse, deberá ponderar esa circunstancia a la hora de valorar la credibilidad de los testimonios de cargo y de descargo, sobre todo cuando exista coincidencia de versiones.

Sobre los artículos 704 y 705 LECrim, ante la denuncia del recurrente de que el hecho de que el Magistrado Presidente permitiera la emisión al exterior de la señal institucional del juicio, con su correspondiente retransmisión y comentario en programas televisivos de opinión, comprometió la imparcialidad de los jurados y permitió que los testigos y los peritos que habían de intervenir en el juicio pudieran tener conocimiento directo de lo declarado por los que les precedieron en tal trámite en contra de lo dispuesto en el artículo 704 LECrim, el TS consideró que los artículos 704 y 705 no habían sido vulnerados, “por cuanto el aislamiento relativo de los testigos establecido en el primero de los preceptos se refiere exclusivamente al día en que deponen y con relación a los que ya hubieran declarado, pero estos preceptos no prohíben que en fechas anteriores se hubieran podido comunicar con quienes tuvieran a bien” (STS 875/2016, de 21 de noviembre).

3.2.2.1. *La organización de los medios de prueba por bloques temáticos*

Parece que, ante la evidente imposibilidad material de dar estricto cumplimiento a la incomunicación ordenada por el artículo 704 LECrim, el único remedio es que el Tribunal guarde especial cuidado a la hora de administrar la prueba, debiendo cuidarse, al tiempo de admitir los medios de prueba a practicar en el juicio, de señalar (si es posible) en el mismo día (y sucesivos, si no queda más remedio) la declaración de aquellos testigos que vayan a deponer sobre un concreto tema, favoreciendo al máximo la concentración y tratando de mantener incomunicados durante cada sesión a los testigos que deban declarar. Esta solución deberá, necesariamente, venir acompañada de otras medidas tales como las propuestas por DEL MORAL y SANTOS VIJANDE: que la LECrim adopte medidas tales como la emisión de órdenes del Juez o Tribunal prohibiendo revelar los contenidos de una declaración durante cierto tiempo y la adopción de mecanismos de incomunicación de testigos tal y como puede hacerse con los miembros del Jurado²⁸⁰. De lo contrario, la duración actual de muchos juicios (algunos duran semanas e incluso meses) convertiría en ilusoria la finalidad de la organización de los medios de prueba por bloques temáticos.

3.2.2.2. *La retransmisión en diferido*

Como señala LÓPEZ ORTEGA, podría establecerse una regla que limite la difusión del juicio en directo, obligando a que se haga en diferido, “incluso, una vez haya recaído sentencia definitiva”²⁸¹. No obstante, esta última posibilidad parece demasiado restrictiva de las libertades informativas y probablemente innecesaria para que la previsión contenida en el artículo 704 LECrim cumpla su finalidad.

Luego, en la medida en que no existe ni es exigible un derecho a la información “en tiempo real” del curso del juicio oral y sí existe un

280 DEL MORAL GARCÍA, A. y SANTOS VIJANDE, J.M., *Publicidad y secreto...*, *op. cit.*, pp. 157-158.

281 LÓPEZ ORTEGA, J.J., “La dimensión constitucional ...”, *op. cit.*, p. 119.

interés digno de protección cual es tratar de garantizar la pureza de los testimonios en aras de la averiguación de la verdad material en el marco del mecanismo dotado de garantías procesales que constituye el proceso, es lícito y aconsejable que se retransmita la práctica de la prueba en diferido tras su práctica y en cualquier caso con anterioridad al dictado de la sentencia.

3.2.3. Acerca de la “desprotección” del Colegio de Jurados

Constituye lugar común considerar que el Jurado, debido a su inexperiencia es menos impermeable a los denominados juicios paralelos²⁸², afirmación con la que estamos de acuerdo.

Puede decirse que el Colegio de Jurados se halla expuesto a la intemperie y, con ello, indefenso ante las intromisiones de los medios de comunicación. No existen medidas profilácticas hasta un momento ciertamente tardío cual es la deliberación, que es cuando tiene lugar la incomunicación del Jurado prevista en el artículo 56 LOTJ.

RODRÍGUEZ BAHAMONDE se muestra crítica con que la LOTJ no contenga la más mínima previsión en aras de proteger la imparcialidad e “integridad” de los Jurados frente a la información de asuntos sobre los que han de conocer, no quedando tales garantías, a su juicio, suficientemente modificadas, por lo que esa ausencia de previsiones resulta “imperdonable”²⁸³.

La desprotección adquiere tintes dramáticos si se repara en que la LOTJ limita al máximo la entrada de material sumarial en el juicio oral.

282 DEL MORAL GARCÍA, A. y SANTOS VIJANDE, J.M., *Publicidad y secreto...*, op. cit., pp. 242-243.

Por su parte, DE PAÚL VELASCO, P., “Estudios psicosociales sobre la toma de decisión de los miembros del jurado”, *Jueces para la Democracia* nº 14, 1991, p. 86, con cita de estudios experimentales de investigadores anglosajones, afirma que la influencia de la publicidad previa al juicio en la toma de decisión en los Jurados es más leve de lo que parece.

283 En este sentido, RODRÍGUEZ BAHAMONDE, R., *El secreto del sumario...*, op. cit., p. 286.

En efecto, el artículo 34 lo limita, básicamente, a las diligencias no reproducibles y a las piezas de convicción; mientras que el artículo 46.5, a pesar de que permite el interrogatorio sobre eventuales contradicciones entre lo declarado por acusados, testigos y peritos en el juicio oral y en fase de instrucción –que no en dependencias policiales–, prohíbe dar lectura a las declaraciones sumariales sin perjuicio de que quien interroge pueda unir al acta el testimonio que deberá aportar en el acto, estableciéndose en el inciso final del precepto que las declaraciones prestadas en fase de instrucción “no tendrán valor probatorio de los hechos en ellas afirmados”. Corolario de lo expuesto hasta este lugar, el Colegio de Jurados no debería conocer lo ocurrido en la fase de investigación²⁸⁴. Sin embargo, la violación indiscriminada del secreto externo y, sobre todo, la publicidad de las actuaciones una vez abierto juicio oral determina que el material sumarial que no debería penetrar en la sala de vistas destinada al enjuiciamiento sea conocido por el Jurado a través de los medios de comunicación.

3.2.3.1. *Especiales cautelas a adoptar*

El informe que evacuó el CGPJ sobre el Anteproyecto de Ley del Jurado²⁸⁵ ya llamaba la atención sobre la expresada omisión y sugería la necesidad de prever mecanismos para permeabilizar en la medida de lo posible al Jurado frente a los medios de comunicación y conservar así la imparcialidad de éste. Estas medidas, según el informe, podrían contemplarse expresamente en el Proyecto como facultades del Magistrado-Presidente y podrían consistir en la restricción al acceso a la sala de vistas o a sus alrededores, el secuestro del jurado, el secreto de sus nombres, la prohibición o restricción de la reproducción televisiva o fotográfica...; otras precisarían de un expreso y específico desarrollo legislativo.

284 La Exposición de Motivos de la Ley es diáfana al respecto cuando justifica “la exclusión de la presencia, incluso física, del sumario en el juicio oral” con base en la evitación de “indeseables confusiones de fuentes cognoscitivas atendibles”, optándose, en suma, por privar de valor probatorio a las diligencias sumariales.

285 Boletín de Información del Consejo General del Poder Judicial, 3ª época, nº 117, mayo de 1994, pp. 46 y ss.

vo, y entre éstas podrían contemplarse las restricciones a la publicación o las clásicas medidas del *Contempt of Court* del derecho anglosajón²⁸⁶.

Por su parte, la ya citada Recomendación (2003)13 del Comité de Ministros del Consejo de Europa considera en su principio décimo que en los procedimientos penales, *especialmente aquellos en los que participan jurados o jueces legos*, las autoridades deben abstenerse de proporcionar información pública que genere un riesgo de prejuicios sustanciales para la equidad del proceso.

En nuestra opinión, en un juicio por Jurado hace falta menos publicidad como control social: se trata del enjuiciamiento de una selección aleatoria de ciudadano legos, esto es, del pueblo, probablemente por primera y última vez en sus vidas, y mantener la serenidad de su ánimo es casi imposible si la sala de vistas se proyecta en los platós de televisión y en los medios de comunicación prácticamente en tiempo real²⁸⁷. Es en este tipo de juicios donde, con mayor vigor, deben defenderse medidas de protección tales como la retransmisión en diferido de lo ocurrido en la sala de vistas (una vez el Jurado ha sido incomunicado) y la prohibición de publicación de noticias sobre el caso en los días previos al inicio de las sesiones.

En esta línea, VALLINES GARCÍA sostiene que el modo legal que tiene el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado para conseguir que en un proceso en el que el riesgo de contaminación extrínseca sea

286 DEL MORAL GARCÍA, A. y SANTOS VIJANDE, J.M., *Publicidad y secreto...*, *op. cit.*, pp. 243-244.

Por su parte, DE PAÚL VELASCO, P., “Estudios psicosociales sobre la toma de decisión de los miembros del jurado”, *Jueces para la Democracia* n° 14, 1991, p. 86, con cita de estudios experimentales de investigadores anglosajones, afirma que la influencia de la publicidad previa al juicio en la toma de decisión en los Jurados es más leve de lo que parece.

287 URÍAS, J., *Lecciones de Derecho...*, *op. cit.*, p. 99, apunta que habría que tener en cuenta la posibilidad de soluciones menos lesivas de la libertad de información que la restricción de la prensa como puede ser el aislamiento del Jurado. No obstante, a nuestro juicio, parece evidente que hasta que –una finalizada la práctica de la prueba, entregado el objeto del veredicto y facilitadas las instrucciones– no se proceda a la incomunicación del Jurado (artículo 56 LOTJ) éste no podrá aislarse y sus componentes ya habrán “vivido” las informaciones previas, basadas en la fase de instrucción.

muy elevado es decretar el secreto de las actuaciones mediante una resolución judicial motivada, de suerte que entre los motivos del secreto se encuentra el de la “protección de los derechos y libertades” (artículo 232.2 LOPJ)²⁸⁸ y, por tanto, el derecho a un juzgador imparcial e independiente, en cuyo veredicto no interfieran indebidamente los medios de comunicación ni –y esto resulta un extremo que suele pasar inadvertido– “las personas que integran el entorno social de los jurados”²⁸⁹. En efecto, en nuestra opinión, podemos presumir la entereza y la responsabilidad de un Juez pero no podemos descartar que en un caso mediático el Jurado no opte por abdicar de sus funciones jurisdiccionales y recurrir al cómodo expediente de dejarse llevar por la opinión de personas de su entorno que tengan cierta influencia sobre él.

Este mismo autor plantea una serie de instrumentos específicos para evitar la contaminación proveniente de reportajes periodísticos²⁹⁰: las órdenes judiciales temporales de no publicación de una información determinada cuando se sepa con carácter previo que es inminente la publicación de un reportaje periodístico de contenido contaminador; las prohibiciones genéricas de publicaciones contaminadoras (*Contempt of Court*) tipificando estas últimas directamente como hecho ilícito y previendo una sanción (lo que, obviamente, implicaría una reforma legal); y, por último, la regulación del comportamiento de los periodistas en la sala de vistas²⁹¹.

288 También el artículo 6.1 CEDH avalaría semejante solución al establecer que “el acceso a la Sala de Audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso [...] en la medida considerada necesaria por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicación pudiera ser perjudicial para los *intereses de la justicia*”.

289 VALLINES GARCÍA, E., *Instrumentos para garantizar la imparcialidad e independencia de los Jurados*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 206-207.

290 VALLINES GARCÍA, E., *Instrumentos ...*, *op. cit.*, pp. 209-214.

291 A este respecto, amén de hacer especial hincapié en que los periodistas no deberían tener libertad de movimientos por la sala para tomar fotografías o filmar el juicio, el autor de referencia sostiene que interesa que los periodistas no contribuyan con su actitud a hacer el juicio un espectáculo del que son primeros espectadores los jurados y, por eso, “deben mantener el decoro y el debido respeto mientras presencian las sesiones del juicio oral”.

Por último, pero no menos importante, en lo que concierne a las especialidades previstas en la LOTJ en cuanto al (muy) limitado acceso de las diligencias sumariales al juicio oral, consideramos que, de *lege lata*, es posible interpretar que en este procedimiento penal especial no existe propiamente publicidad externa de las actuaciones en sentido amplio, debido a la especificidad de la LOTJ en materia de diligencias irreproducibles, ya que, de lo contrario, esa previsión quedaría vacía de contenido. En cualquier caso, aquí sí que las prohibiciones judiciales de publicación pueden ayudar –y mucho–²⁹². Sin embargo, de *lege ferenda*, sería, a nuestro juicio, conveniente prever la ausencia de publicidad externa de las actuaciones tramitadas conforme a la LOTJ hasta que se dicte sentencia en primera instancia a efectos de evitar que el Jurado pueda formar convicción, siquiera sea de modo inconsciente, con base en diligencias procedentes de la investigación.

3.2.4. La sobreexposición mediática: riesgo de metástasis

Aunque hayamos negado como premisa de partida que la sobreexposición mediática afecte al derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y, con carácter general, hayamos roto una lanza a favor de la profesionalidad, imparcialidad e independencia de los Jueces y Magistrados²⁹³, ello no significa que no nos preocupe que la presión mediática llegue a afectar no sólo a los derechos de la personalidad del sujeto pasivo del proceso, sino también a su presunción de inocencia y al derecho de todo ciudadano a ser juzgado por un Tribunal imparcial. Deben, desde luego, extremarse las cautelas a fin de que la función jurisdiccional se lleve a cabo con el mayor sosiego posible y las mínimas interferencias y presiones de cualquier clase ante la extrema dificultad –*rectius*: imposibilidad– de probar que un Juez se ha visto indebidamente influido por los medios de comunicación en su actividad jurisdiccional, ora en fase de instrucción (*v.gr.*, adoptando una medida cautelar personal que sin presión mediática no habría adoptado), ora en fase de juicio oral (*v.gr.*, condenando al acusado a pesar de tener dudas razonables –que no certezas– sobre su no

292 *Vid.* apartado 3.2.1.

293 *Vid.* apartado 3.1.

culpabilidad), o incluso en fase de recurso (confirmando o revocando una resolución en función de las campañas mediáticas sin sujeción al ordenamiento jurídico aplicable). Esta situación, supondría, a no dudar, una lamentable metástasis procesal que pasaría desapercibida a pesar de su injusticia.

Por ello, sin perjuicio de las medidas profilácticas ya propuestas hasta este lugar, consideramos preciso adoptar las que se desarrollarán a continuación: con carácter principal, dotar al Juez de mayores facultades de protección; y, con carácter subsidiario, cuando se hayan verificado intromisiones ilegítimas (esto es, cuando aquéllas facultades hayan resultado ineficaces) y exista condena, compensar al sujeto pasivo con la apreciación de una circunstancia atenuante de su responsabilidad criminal.

3.2.4.1. *La necesidad de conferir a los Jueces mayores facultades de protección (sumaria)*

Afirma LÓPEZ ORTEGA que para preservar las garantías procesales el Juez solamente cuenta con la facultad de reducir la publicidad, impidiendo la toma de datos del proceso o restringiendo el acceso a la sala donde se desarrolla el juicio²⁹⁴, pero le está vedado imponer prohibiciones de publicación sobre los hechos objeto de un proceso en curso. Sin embargo, consideramos que el Juez tiene mayores facultades que en buena medida son, en realidad, deberes, como hemos visto anteriormente²⁹⁵.

Ahora bien, la jurisprudencia del Tribunal de garantías no ha contribuido a crear un clima de seguridad jurídica. Así, en la ya citada STC 13/1985 cuestionó seriamente que el Juez de instrucción tuviera competencia para prohibir la publicación de informaciones relacionadas con la investigación judicial en curso (en el caso, las fotografías del interior de un apartamento donde había fallecido una persona debido a un incen-

294 LÓPEZ ORTEGA, J.J., “La dimensión constitucional ...”, *op. cit.*, p. 123.

En esta línea, *vid.*, asimismo, MUÑOZ MACHADO, S., *Libertad de prensa y procesos por difamación*, Ariel, Barcelona, 1988, p. 168.

295 *Vid.* apartado 1.2.

dio) y, no en vano, amén de que en su discurso latiera su disconformidad con la referida competencia, reprochó a la Audiencia Provincial que desestimó el recurso contra la decisión del órgano instructor que no citara “disposición alguna de este texto legal [la LECrim] que fundamente de modo expreso la intervención de un derecho fundamental”.

DEL MORAL GARCÍA y SANTOS VIJANDE consideran “paupérrimo” el discurso del Tribunal en cuanto que obvia el hecho verdaderamente trascendente: que el Juez de instrucción, en la diligencia de inspección ocular, decidiese “afectar a la investigación” las fotografías realizadas y, en virtud de tal afectación, prohibiese temporalmente su publicación^{296, 297}.

Para DE LA OLIVA SANTOS, sin embargo, parece contradictorio que se declararan “afectadas a la investigación judicial” las fotografías y que a pesar de ello no se reclamasen nunca. Por ello se pregunta en qué consistía la afectación y concluye que el Juez “embargó” todas las fotografías que se hubieran hecho sin utilizarlas en su labor jurisdiccional y sin proceder a examinarlas para discernir cuáles presentaban un contenido y características que fundasen un juicio concreto sobre su carácter perjudicial para la reconstrucción de los hechos y la depuración de las eventuales responsabilidades. Esto es, el Juez paralizó u obstruyó la información partiendo de una hipótesis genérica de perjudicialidad de todas las fotografías²⁹⁸.

296 DEL MORAL GARCÍA, A. y SANTOS VIJANDE, J.M., *Publicidad y secreto...*, *op. cit.*, p. 100.

297 En otro orden completamente distinto de consideraciones, y desde otro enfoque, URÍAS, J., *Lecciones de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 283 y 284, critica que la STC 13/1985 rechazara la alegación de censura basándose en que la única censura previa prohibida constitucionalmente “implica la finalidad de enjuiciar la obra en cuestión con arreglo a unos valores abstractos y restrictivos de la libertad, de manera tal que se otorgue un *placet* a la publicación de la obra que se acomode a ellos a juicio del censor y se le niegue en el caso contrario”. A juicio de este autor, con las exigencias de la doctrina constitucional es “claro que resulta casi imposible apreciar casos de censura previa dentro del Estado de Derecho, puesto que no es imaginable que se pretenda expresamente volver a un control de contenido en base a valores” y, corolario de lo anterior, Jueces y Magistrados nunca podrían incurrir en censura previa en el ejercicio de su función jurisdiccional.

298 DE LA OLIVA SANTOS, A., “Cuatro sentencias del Tribunal Constitucional ...”, *op. cit.*, p. 39.

Sea como fuere, para DEL MORAL GARCÍA y SANTOS VIJANDE no admite duda que entre las facultades del órgano de instrucción se halla la posibilidad de prohibir temporalmente la difusión de datos o hechos que pongan en peligro una investigación criminal, considerando un “enorme contrasentido” sostener lo contrario si se contempla el ordenamiento jurídico en su conjunto. A tal fin, ejemplifican con las medidas cautelares que los Jueces civiles sobre propiedad intelectual y sobre publicidad están legitimados para adoptar, consistentes en prohibiciones de publicación, secuestros de anuncios ya elaborados o de ejemplares producidos, etc. (artículos 126 Ley 22/1987, de Propiedad Intelectual y 30 de la Ley 34/1988, General de Publicidad). Se avanzan a las previsibles críticas admitiendo que en los ejemplos reseñados hay una expresa previsión legal de las facultades del juzgador que no existe en el ámbito del secreto sumarial, empero, según su criterio, al establecerse en los artículos 301 y 302 LECrim una excepción al régimen general de publicidad de las actuaciones procesales (artículo 120.1 CE), “no debiera ser imprescindible –aunque de *lege ferenda* sea conveniente– que el legislador atribuya de modo explícito al juzgador unas facultades que son inherentes y necesarias para el cumplimiento de sus deberes como instructor y para la satisfacción de objetivos constitucionales irrenunciables”²⁹⁹.

En nuestra opinión, podría argüirse que la cobertura legal mínima a estos efectos la ofrece el artículo 13 LECrim al comprender en las denominadas “primeras diligencias” competencia del órgano de instrucción, entre otras, la consignación de fuentes de prueba que puedan desaparecer, la recogida y puesta en custodia de cuanto conduzca a la comprobación del delito y a la identificación de los partícipes y la protección de “los ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares o a otras personas”³⁰⁰.

299 DEL MORAL GARCÍA, A. y SANTOS VIJANDE, J.M., *Publicidad y secreto...*, *op. cit.*, pp. 101-102.

300 Este precepto constituye un auténtico cajón de sastre que viene siendo utilizado por nuestros Tribunales para la adopción de las más variopintas medidas que, de conformidad con el artículo 366 LECrim, gozan, además, de carácter prioritario con respecto al resto de diligencias del sumario: el cierre de páginas web (SAN, Sala de lo Penal, Sección 1ª, 6/2017, de 10 de marzo); la orden a todos los cuerpos policiales de

Creemos que, de *lege lata*, se trata de la única vía para sostener la competencia del Juez de instrucción, de suerte que, de un lado, éste debe asegurar las fuentes de prueba y, para ello, es preciso mantenerlas reservadas y, de otro, la protección de las personas a las que hace referencia el precepto (entre las que, a nuestro juicio, debe incluirse al investigado) trae consigo la facultad de prohibir temporalmente la difusión de datos o hechos que pongan en peligro la instrucción para preservar la consecución del interés de la Justicia y salvaguarda de sus derechos de la personalidad.

Con todo, al afectar semejantes prohibiciones al derecho fundamental a dar y recibir información, sería deseable que la LECrim contuviera una habilitación expresa para que el órgano de instrucción tenga atribuidas de modo claro y preciso las expresadas facultades³⁰¹ sin necesidad de recurrir a la búsqueda –acaso forzada– de sustento legal en el ordenamiento vigente.

3.2.4.2. *Un pedimento subsidiario irrenunciable: la apreciación de una circunstancia analógica de violación de derechos fundamentales*

De modo subsidiario, esto es, para el caso de que el proceso judicial se caracterice por las transgresiones del secreto sumarial y las intromi-

una Comunidad Autónoma consistente en impedir “la utilización de locales o edificios públicos (...) para la preparación de la celebración del referéndum” y requisar todo el material relacionado con el referéndum (Auto de la Sección 1ª de Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 29 de enero de 2018); o el desalojo inmediato de los ocupantes de un inmueble ajeno en el que permanecían sin la autorización del titular del bien (Auto de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares 469/2010, de 29 de septiembre).

301 Tal y como sucede en los procedimientos penales seguidos por delitos cometidos a través de medios sonoros o fotográficos, difundidos por escrito, radio, televisión, cinematógrafo u otros similares, donde existe una habilitación legal expresa para que los Jueces, al iniciar el procedimiento, puedan acordar “el secuestro de la publicación o la prohibición de difundir o proyectar el medio a través del cual se produjo la actividad delictiva” (artículo 823 bis LECrim). Precisamente, la existencia de esta previsión legal podría constituir un escollo a la hora de sostener que el Juez puede, con independencia del medio a través del cual se hubiera cometido el delito investigado, acordar semejantes medidas, de suerte que –podría oponerse– cuando el legislador así lo ha querido, lo ha regulado expresamente.

siones de los medios de comunicación en los derechos fundamentales del sujeto pasivo merced a aquéllas, parece razonable plantearse si éste debe ser “recompensado” de algún modo por la ineffectividad del órgano judicial que debió tutelar sus derechos de la personalidad; asimismo, en el supuesto de que el órgano judicial (singularmente, el de instrucción) no respete en sus resoluciones la presunción de inocencia como regla de tratamiento o tolere que no lo hagan otras autoridades y funcionarios que intervengan en el procedimiento penal. A nuestro juicio, la respuesta debe ser positiva por aplicación de la circunstancia atenuante prevista en el artículo 21.7^a del Código Penal³⁰², por analogía con la circunstancia 6^a del mismo precepto³⁰³.

En efecto, desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal, al configurarse la atenuante de dilaciones indebidas de forma autónoma y diferenciada de la atenuante analógica, ésta amplió necesariamente su ámbito de aplicación a situaciones de idéntico fundamento atenuatorio. Y éste no es otro que la compensación de un mal injusto soportado por el inculpado, con disminución, por ello, de la pena a imponer. ¿Y qué duda cabe que la violación de un derecho fundamental constituye un mal injusto?

No se olvide que el legislador, de haberlo querido, bien podría haber dejado la atenuante analógica en el apartado 6^o del artículo 21 del Código Penal, limitándola, de este modo, a las cinco anteriores y colocar la nueva atenuante de dilaciones indebidas³⁰⁴ en último lugar. Pero no lo hizo y, por tanto, no existe excusa para no construir la atenuante analógica por vulneración de cualquier derecho fundamental³⁰⁵.

302 “Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores”.

303 “La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa”.

304 Sobre la atenuante de dilaciones indebidas y su creación jurisprudencial, *vid.* MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., *La atenuante analógica de dilaciones indebidas. Analogía e interpretación. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2007.

305 En este sentido, CASTRO MORENO, A., “Sobre la atenuante analógica de detenciones, registros e intervenciones ilegales: nuevo escenario procesal”, en *La Ley Penal*:

Esta circunstancia atenuante debería, a nuestro juicio, apreciarse a todo acusado que haya padecido la violación de un derecho fundamental, no existiendo parangón posible entre quien ha sido sometido a un proceso pulcro y garantista, en el que ha recibido la consideración de inocente, y quien ha sido víctima de una vulneración que los órganos jurisdiccionales estaban obligados a evitar. Y tal vez la apreciación de esta atenuante (y, sobre todo, la consecuente disminución de la pena) tenga un efecto disuasorio entre quienes filtran indebidamente diligencias secretas, quienes lo toleran y quienes presionan mediáticamente tratando de influir en la decisión de los Tribunales de Justicia.

La STS 922/2012, de 20 de diciembre, afirma sin ambages que:

“Como ha señalado esta Sala, por ejemplo STS núm. 104/2011, de 1 de marzo, para que una atenuante pueda ser estimada como analógica ha de atenderse a la existencia de una semejanza de sentido intrínseco entre la conducta apreciada y la definida en el texto legal como circunstancia atenuante expresamente prevista por el Legislador, desdeñando meras similitudes formales y cuidando de no abrir un indeseable portillo que permita, cuando falten requisitos básicos de una atenuante reconocida expresamente, la creación de atenuantes incompletas que no han merecido ser recogidas legalmente.

Esta Sala, con un criterio muy amplio, considera que pueden ser apreciadas como circunstancias atenuantes por analogía: a) en primer lugar, aquellas que guarden semejanza con la estructura y características de las cinco restantes del art. 21 del Código penal; b) en segundo lugar, aquellas que tengan relación con alguna circunstancia eximente y que no cuenten con los elementos necesarios para ser consideradas como eximentes incompletas; c) en un tercer apartado, las que guarden relación con circunstancias atenuantes no genéricas, sino específicamente descritas en los tipos penales; d) en cuarto lugar, las que se conecten con algún elemento esencial definidor del tipo penal, básico para la

revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario núm. 78, La Ley, enero de 2011, p. 5 y ss., considera que la reforma de 2010 abrió un nuevo escenario en el que la analogía de fundamento atenuatorio de la circunstancia 7ª del artículo 21 del Código Penal puede dirigirse respecto del fundamento que inspira la propia atenuante de dilaciones indebidas.

descripción e inclusión de la conducta en el Código penal, y que suponga la ratio de su incriminación o esté directamente relacionada con el bien jurídico protegido; e) *por último, aquella analogía que esté directamente referida a la idea genérica que básicamente informan los demás supuestos del art. 21 del Código penal, lo que, en ocasiones, se ha traducido en la consideración de la atenuante como efecto reparador de la vulneración de un derecho fundamental, singularmente el de proscripción o interdicción de dilaciones indebidas*” (la cursiva es nuestra).

Parece claro que “singularmente” no es sinónimo de “exclusivamente”, ni hay razón válida para restringir y “premiar” únicamente la vulneración de un derecho fundamental.

Finalmente, como matiza la STS 104/2011, de 1 de marzo:

“la atenuante de análoga significación no puede alcanzar nunca al supuesto de que falten los requisitos básicos para ser estimada una concreta atenuante, porque ello equivaldría a crear atenuantes incompletas o a permitir la infracción de la norma, pero *tampoco puede exigirse una similitud y una correspondencia absoluta entre la atenuante analógica y la que sirve de tipo, pues ello equivaldría a hacer inoperante el humanitario y plausible propósito de que hablaba la sentencia 28.1.80* (RJ 1980, 251), (SSTS. 27.3.83, 11.5.92 (RJ 1992, 3853), 159/95 de 3.2 (RJ 1995, 869), lo mismo en SSTS. 5.1.99, 7.1.99, 27.1.2003, 2.4.2004 (RJ 2004, 3431))” (la cursiva es nuestra).

Salvo error u omisión por nuestra parte, tan sólo existe un precedente en el que un Tribunal haya apreciado la concurrencia de una circunstancia analógica por vulneración de derechos fundamentales (concretamente, el derecho a la libertad) y la sentencia fue, en este aspecto, casada y anulada por el Tribunal Supremo. Veámoslo brevemente:

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Málaga, en su sentencia 535/2013, de 4 de octubre, dictada en el denominado “caso Malaya”, fue pionera al apreciar la circunstancia atenuante de vulneración de derechos fundamentales por irregular detención de algunos acusados³⁰⁶ “a fin de compensar el innecesario sufrimiento padecido”

306 *Vid.* las pp. 2-14 del Tomo V de la expresada resolución judicial.

por los mismos. A pesar de que consideramos loable el talante y la intención del Tribunal de instancia, la resolución (que fue recurrida por la Fiscalía ante el Tribunal Supremo³⁰⁷) resulta confusa e incongruente con sus propios postulados en cuanto que, a pesar de que afirmó que “lo verdaderamente esencial a efectos de autorizar una atenuación de responsabilidad criminal lo encontramos únicamente en la insuficiencia del auto acordando la detención de determinados procesados, y sobre todo la transgresión del límite constitucional de detención judicial, fijado en 72 horas, y que con respecto a algunos procesados concretos se

307 También en lo que a la “indebida aplicación de una circunstancia de atenuación analógica, por “detención irregular (sic)” respecta (motivo trigésimo tercero de su recurso), por el cauce de la infracción de ley (art. 849.1º LECrim.). Del escueto motivo articulado por el Ministerio Público resultan de interés los siguientes aspectos:

1º.- El Fiscal ante el TS critica la apreciación de la atenuante analógica de modo genérico, sin descender siquiera a analizar mínimamente algunas de las reflexiones empleadas por el Tribunal de instancia, lo cual resulta, a nuestro juicio, congruente con el cauce casacional empleado (infracción de ley), que exige que la discrepancia se articule respetando la intangibilidad del *factum*: “Podríamos cuestionar bastantes de los argumentos de la Audiencia Provincial en apoyo de su tesis. Pero no es esta, en todo caso la causa de nuestra discrepancia”.

2º.- El recurrente, pues, “aceptando siquiera sea a los meros efectos dialécticos, que la detención no se efectuó en la forma y con las circunstancias más adecuadas”, muestra su discrepancia con la “trascendencia jurídico-procesal” otorgada por los Magistrados *a quibus* a tal “anomalía”, esto es, con la solución “absolutamente novedosa” consistente en apreciar concurrente la atenuante analógica. El Ministerio Fiscal, tras dejar constancia de que, pese a sus esfuerzos, no ha hallado en la jurisprudencia del TS ningún caso en el que la vulneración de un derecho fundamental de un acusado acarreará una rebaja de la pena, concluye que “no existe jurisprudencia sobre el tema por cuanto ni la hay ni sería lógico que la hubiera”.

3º.- El argumento central del recurrente consiste en hacer ver al Tribunal de casación que el Derecho “tiene respuestas contundentes para este tipo de situaciones”, mencionando, concretamente, la compensación económica por mal funcionamiento de los servicios públicos y el ejercicio de acciones civiles y penales contra el funcionario o autoridad responsable de la irregularidad constatada.

4º.- Por ello, el recurrente considera “injusta” la solución ofrecida por la Sala de instancia “entre otras cosas por cuanto vulnera el principio de igualdad, al condenar a los distintos partícipes de un mismo hecho, con una penalidad absolutamente distinta, en base a hechos absolutamente ajenos a la antijuricidad de la conducta o al reproche que merezcan por el hecho cometido”.

ha sobrepasado injustificadamente”, lo que el Tribunal reputó una violación del derecho a la libertad “por la irregular forma y plazo de la detención”, en realidad, únicamente aplicó la expresada atenuante analógica a los acusados que estuvieron detenidos durante un tiempo superior al legalmente establecido como límite absoluto, sin más consideraciones en cuanto a la improcedencia misma de las detenciones³⁰⁸. Como se ha avanzado, el Tribunal de casación estimó el motivo del Ministerio Fiscal y, en su STS 508/2015, de 27 de julio, amén de incurrir en razonamientos ciertamente apodícticos³⁰⁹, construye su argumentación nuclear del modo que sigue:

“porque el fundamento de esta atenuante ya típica no es otro que el resultado de entender que la *inactividad judicial* debe ser compensada mediante una disminución de la pena, pero solo la inactividad judicial, sin que se haya aplicado a otras posibles vulneraciones de derechos fundamentales explícitas en el proceso, ausencia de motivación o violaciones del artículo 18 CE, o incluso errores judiciales, cuya corrección se

308 Incomprensiblemente, la sentencia cierra el capítulo de la atenuante analógica de vulneración de derechos fundamentales expresando que “huelga hablar de proceso justo desde el momento en que a raíz del mismo, cual es la detención del imputado ha sido censurada nada menos que por el Tribunal Constitucional por inmotivada e innecesaria, lo que a juicio de esta Sala deben tener la atenuación punitiva demandada por las defensas”. En efecto, uno de los diez acusados a los que finalmente se les apreció la tan traída circunstancia atenuante analógica había obtenido con anterioridad al juicio oral dos Sentencias del Tribunal Constitucional (pese a no identificarse en la SAP, se trata de las SSTC 179 y 180/2011, de 21 de noviembre), ambas concediéndole el amparo, en primer lugar, por haber sido detenido sin la adecuada ponderación de un fin legítimo que lo justificara (STC 179/2011) y, en segundo lugar, por el exceso del plazo máximo absoluto establecido para la detención (STC 180/2011). Y decimos que este colofón deviene incomprensible porque la SAP no estima la concurrencia de la atenuante por la falta de motivación y necesidad de las detenciones, sino por la transgresión del plazo máximo constitucionalmente fijado.

309 Así, sin ir más lejos, niega de plano la posibilidad de construir la atenuante analógica a partir de la vulneración de un derecho fundamental “porque la posible reparación de derechos fundamentales por medio de la extensión de la atenuante por analogía solo ha sido admitida por nuestra jurisprudencia (Acuerdo de Sala General 21/05/1999) en el caso del derecho fundamental citado a un proceso sin dilaciones indebidas”. *Res ipsa loquitur*.

establece a través de los mecanismos procesales revisorios de la sentencia de instancia, que puede alcanzar la absolución del acusado como consecuencia de dichas vulneraciones, lo que no sucede con las dilaciones indebidas, pues el transcurso del tiempo de inactividad imputable a los órganos judiciales no se puede recuperar” (las cursivas son nuestras).

En realidad, los argumentos que ofrece el Tribunal de casación abonan la construcción de una circunstancia atenuante analógica en los supuestos para los que la venimos reclamando. En efecto, la violación del secreto de sumario –máxime cuando se da de modo continuado– sólo es posible ante la *inactividad judicial* (o, lo que sería peor, la eventual indebida actividad judicial consistente en la revelación) y lo mismo acontece con respecto a la falta de respeto a las exigencias de la presunción de inocencia como regla de tratamiento, no existiendo ningún remedio procesal “revisorio de la sentencia de instancia” para reparar el daño causado.

Ya en el ámbito de la transgresión del secreto sumarial y su difusión en los medios, la STS 374/2017, de 24 de mayo, rechazó de plano la aplicación de la atenuante analógica postulada por la defensa del acusado (un famoso futbolista), que argumentaba, en apretada síntesis, el padecimiento de un “juicio paralelo” en los medios de comunicación (ya desde la instrucción de la causa) que le habría supuesto una restricción de derechos antes de la pena (derecho al proceso debido [secreto de instrucción] y a la presunción de inocencia), restricción que debería ser compensada en la pena a imponer. El Tribunal de casación se mostró tajante: “Basta la lectura del planteamiento del motivo para rechazarlo. Se alega un daño sufrido a consecuencia de actos llevados a cabo fuera del proceso. Por sujetos concretos: los medios de comunicación”. A la vista de que los sujetos que habrían causado el daño no ejercerían funciones jurisdiccionales, el TS deja sentado que la única reclamación posible lo sería contra los medios y en otro procedimiento. Olvida el alto Tribunal, no obstante, que si se produjeron –hipotéticamente– esos daños lo fue porque el órgano jurisdiccional que pilotaba la instrucción no tuteló al sujeto pasivo del procedimiento y, con ello, desde la perspectiva del perjudicado, el interés de la Justicia en el que se basaría principalmente el carácter secreto de la investigación penal, pero también los derechos de la personalidad del investigado a la postre penado.

Por último, obviamente, en caso de que la sentencia penal sea absoluta, la reparación deberá tratar de obtenerse ante la jurisdicción civil, si bien, como ya hemos visto, deviene harto complicado la obtención de satisfacción procesal alguna a la vista de la doctrina vigente en la Sala Primera del Tribunal Supremo³¹⁰. Tal vez sea preciso en estos (e incluso en otros) casos explorar la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (artículo 292 LOPJ), aunque el desarrollo de semejante idea desborda ya los diques de este trabajo.

3.3. A MODO DE CONCLUSIÓN

Publicidad sí, pero no a cualquier precio y teniendo muy presente que su finalidad es garantizar que la sociedad esté informada del devenir de los procesos penales y no el escarnio público ni la ablación de la dignidad personal de sus sujetos pasivos. Publicidad restringida y sin excesivo detalle en fase de instrucción cuando no se haya declarado del secreto interno de las actuaciones –que debería reducirse a su mínima expresión–; y absoluta, con carácter general, una vez abierto el juicio oral.

Para que este sistema funcione es preciso que el Poder Judicial cuente con un servicio institucionalizado que sea capaz de seleccionar y canalizar las informaciones a proporcionar a todos y cada uno de los medios por igual. El actual sistema de Gabinetes de Comunicación puede ser válido a tales efectos, mas huyendo del modelo implantado en el Protocolo de Comunicación de 2004 cuya senda continúa el actual Protocolo de 2015, en la medida en que convierte a los órganos jurisdiccionales en una suerte de esclavos de aquéllos, con intolerable intromisión en una fase, como es la de instrucción, que debe estar presidida por el secreto externo en aras del interés de la Justicia y de la protección de los derechos de la personalidad de los intervinientes en el procedimiento.

Es necesario hallar un equilibrio entre el oscurantismo en la tramitación de los procedimientos penales y la publicidad integral. Pero

310 *Vid.* apartado 1.2.5.

este loable objetivo será a todas luces quimérico si no se aborda la cuestión desde la educación más elemental. O en la enseñanza obligatoria se instruye y conciencia a la población, ya en edades tempranas, sobre el significado y la vigencia de los derechos de la personalidad y a la presunción de inocencia, y los ciudadanos aprenden a convivir con la tramitación de procedimientos penales sin prejuzgar a los sujetos de la investigación y ulterior enjuiciamiento, o será inevitable que la mera toma de contacto de éstos con el proceso penal y su difusión por los medios de comunicación implique –*sit venia verbo*– su muerte civil merced a la actual demonización que habitualmente padece quien se ve inmerso en semejante tipo de procedimiento.

Además, debería reconocerse expresamente al órgano instructor la facultad de prohibir temporalmente la difusión de datos o hechos que pongan en peligro la instrucción para preservar la consecución del interés de la Justicia y salvaguarda de sus derechos de la personalidad.

La Unión Europea se ha fijado el objetivo de mantener y desarrollar un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ)³¹¹. Las diferentes regulaciones existentes en materia de publicidad procesal en nuestros países vecinos mal se cohonestan con el ideal de ELSJ, por lo que deberían armonizarse las legislaciones domésticas. No obstante, de nada servirá adoptar medidas tendentes a la armonización si no se toma en serio el secreto de la investigación penal y se persiguen de modo firme y concienzudo las violaciones que se produzcan, lanzando a la sociedad en general y a los sujetos encargados de la investigación penal en particular el mensaje de que el Derecho penal funciona y no se contenta con un rol meramente simbólico.

311 *Vid.* los artículos 3 del Tratado de la Unión Europea (TUE) y 67.1 del Tratado Fundacional de la Unión Europea (TFUE). Asimismo, el ELSJ se ha desarrollado en el Título V de la Tercera Parte del TFUE (artículos 67 a 89).

Sobre el ELSJ, *vid.*, *ad exemplum*, JIMENO BULNES, M., “Un proceso europeo para el siglo XXI”, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2011, pp. 25-32.